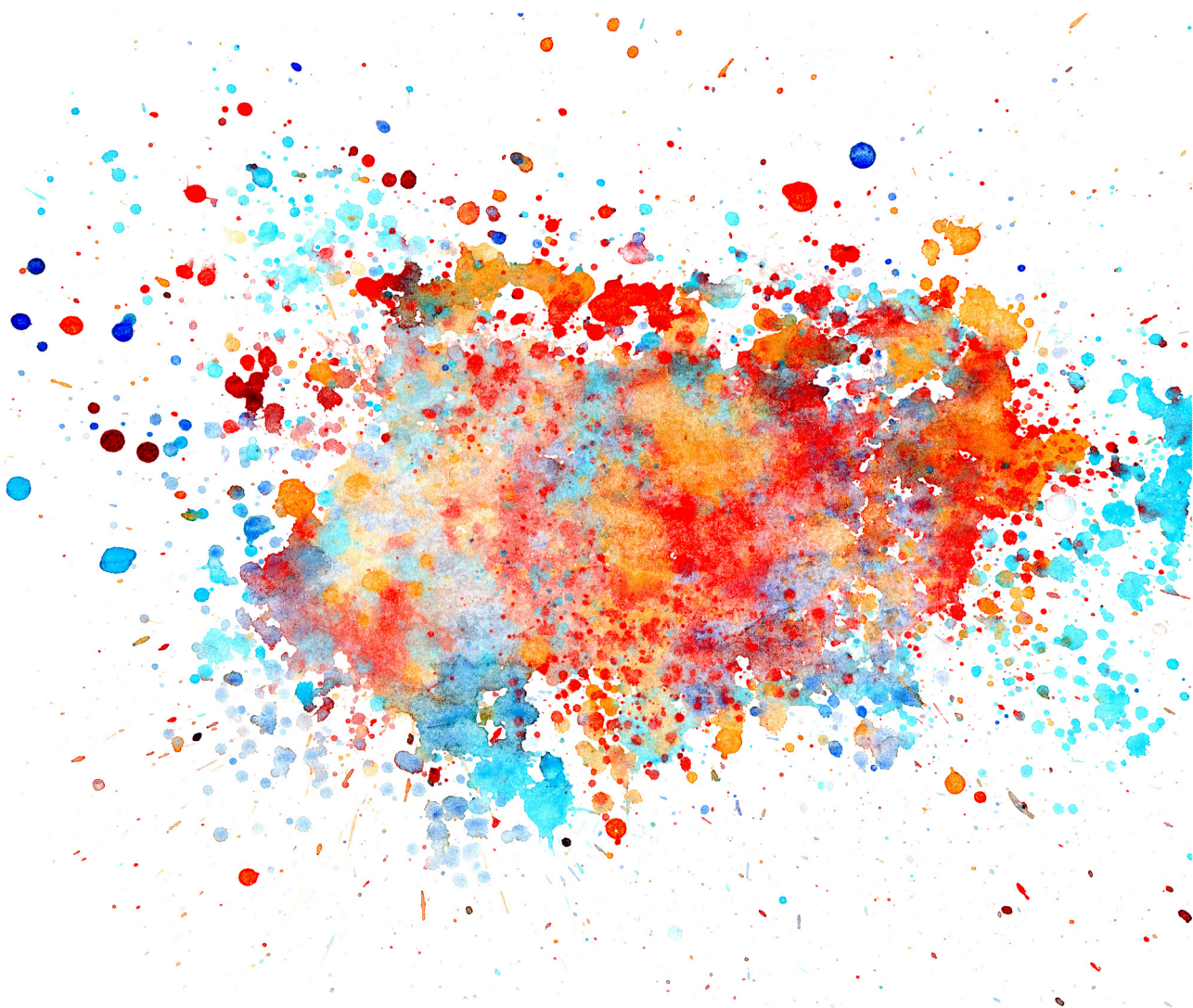


DIVERSITÀ E DISCORSO GIURIDICO

Temi per un dialogo interdisciplinare
su diritti e giustizia in tempo di transizione



A cura di Massimo Meccarelli

Diversità e discorso giuridico

The Figuerola Institute
Programme: Legal History

The Programme "Legal History" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:
Carlos III University of Madrid

Book Series:
Legal History

Editorial Committee:
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at www.uc3m.es/legal_history

Diversità e discorso giuridico.
Temi per un dialogo interdisciplinare su diritti e giustizia
in tempo di transizione

A cura di Massimo Meccarelli

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2016

Historia del derecho, 48

© 2016 Autores

© 2016 Martha Caterina Meccarelli, motivo de cubierta

Editorial Dykinson

c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid

Tlf. (+34) 91 544 28 46

E-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9085-981-0

ISSN: 2255-5137

D.L.: M-38273-2016

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/23792>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

SOMMARIO

Massimo Meccarelli Per un nuovo discorso giuridico sulla diversità. Introduzione al volume	9
 Il diritto nel mondo delle diversità	
Giovanni Cazzetta Discorso giuridico e differenze sociali: la crisi dell'uguaglianza felice ...	17
Juliana Neuenschwander Magalhães La costruzione giuridica della diversità. Per un dialogo tra antropologia e diritto a partire dal prospettivismo multinaturalista	41
Simona Langella Francisco de Vitoria, Juan Ginés de Sepúlveda, Bartolomé de Las Ca- sas: entre diversidad e igualdad	75
Flavia Stara Persone e diritti: una tensione post-moderna. La prospettiva di genere ...	107
Argemiro Martins, Larissa Mizutani La noción de minoría en las decisiones judiciales durante la transición democrática brasileña (1988-2010)	121
Cristiano Paixão Dispute concettuali nel Brasile contemporaneo: amnistia, costituzione e diversità culturale	149

La diversità nel diritto

Ricardo Marcelo Fonseca	
Diversità e diritto. Questioni di metodo a partire da uno sguardo storico-giuridico	177
Pamela Alejandra Cacciavillani	
Los reclamos indígenas y la praxis judicial: comentarios sobre la permeabilidad de los jueces en Argentina	197
Giovanni Di Cosimo	
Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica	223
Claudia Rosane Roesler	
Diversità culturale e decisione giudiziale: tra uso retorico e argomentazione razionale	243
Massimo Meccarelli	
Diritti, diversità, diritto: orizzonti di possibilità per una storia della tutela giuridica	261
Autori	285

PER UN NUOVO DISCORSO GIURIDICO SULLA DIVERSITÀ. INTRODUZIONE AL VOLUME

Massimo Meccarelli

È in un continuo e sofferto rapporto dialettico che diritto e diversità si sono reciprocamente inseguiti lungo i secoli della modernità giuridica. Eppure non è stata una preoccupazione per la diversità a segnare gli itinerari. Di essa il diritto moderno, certo, si è molto occupato ma in chiave sempre strumentale, necessariamente strumentale, se si considera che al centro dei suoi svolgimenti ha posto la questione dell'individuo prima che della società. Per tale ragione, piuttosto che *un* discorso giuridico sulla diversità, l'esperienza giuridica contemporanea ci propone tanti differenti discorsi giuridici sulle diversità, svolti per fornire risposte su fronti distinti e molteplici, senza che essa acquisisca il rilievo di una categoria strutturante l'ordinamento. Al contempo, però, la fase attuale evidenzia una certa usura degli strumenti giuridici tradizionali e un limite complessivo di tale approccio strumentale al problema, soprattutto se si considerano i nessi della questione con la tutela dei diritti fondamentali e umani.

Appare, dunque, plausibile e forse opportuno, avviare una riflessione complessiva sulla questione, assumendo la diversità, pur nella sua pluralità di valenze, come ambito tematico unitario e come categoria *a partire dalla quale* interrogare il diritto. Il presente volume ¹, costituisce un primo tentativo in

¹ Questo libro è un esito del progetto *IPC-Perceptions of (In)security and Forms of Legal Protection in Times of Crises*, finanziato dall'Università di Macerata. L'idea di scriverlo ha preso forma a seguito di un Workshop organizzato a Macerata il 25 e 26 giugno del 2015 su "Discorso giuridico e diversità: diritti e giustizia in tempo di crisi e di transizione". Tale incontro a sua volta costituiva un nuovo appuntamento (dopo due precedenti workshop svoltisi a Frankfurt am Main nel 2013 e a Curitiba nel 2014), di una rete di studiosi interessati al tema dei diritti e della diversità culturale, provenienti da diverse Istituzioni europee e brasiliane (in particolare: Università di Macerata, Max Planck Institute for European Legal History di Frankfurt am Main, Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno dell'Università di Firenze, Università di Ferrara, Universidade Federal do Paraná, Universidade de Brasília, Universidade Federal do Rio de Janeiro).

Si ringrazia il prof. Manuel Martinez Neira per la disponibilità ad accogliere questa pubblicazione nella collana Legal History del Figuerola Institute - Universidad Carlos III de Madrid. Un ringraziamento è rivolto anche alla dottoressa Federica Martiny per il lavoro di revisione editoriale del manoscritto.

tale direzione. Esso - prendendo le mosse da tali constatazioni e avvalendosi di molteplici punti di vista disciplinari - si propone di esplorare aspetti del complesso rapporto tra diritto e diversità, assumendo come cornice di riferimento la questione dei diritti e della giustizia.

Il libro è organizzato in due parti. Nella prima parte si considera il diritto in rapporto alla diversità come esito delle configurazioni sociali. Si tratta, riprendiamo l'efficace immagine proposta da Giovanni Cazzetta, di comprendere la dialettica tra una «società *interna* all'ordine giuridico e una società *esterna*». I saggi la osservano nella prospettiva storica e in quella attuale con riferimento sia al nucleo dei diritti sociali e fondamentali che a quello dei diritti umani. Accanto alle differenze sociali, sono anche quelle antropologiche, culturali e di genere, che fanno da contro campo per la verifica degli strumenti giuridici con le quali sono state, vengono e potrebbero essere affrontate.

Nella seconda parte si tratta invece di considerare la diversità come carattere interno alla dimensione giuridica. Oggetto dei saggi qui raccolti è, infatti, la relazione che sussiste tra la configurazione sistematica assunta dell'ordinamento giuridico e l'approccio al problema della diversità. Come spiega Ricardo Fonseca, il monismo dell'ordine giuridico (cioè il fatto di avere una forma razionale, priva di contraddizioni interne) è un tratto che storicamente è stato assunto proprio per corrispondere a quel processo di «riduzione a uno» degli assetti sociali e politici (un soggetto di diritto unico e indeterminato, l'individuo, in uno spazio pubblico esaurito in un'unica autorità, lo Stato). La storia del diritto moderno (e dei diritti), è in qualche misura anche la storia di una sottrazione della dimensione giuridica al mondo delle diversità. Lo dimostrano per contrasto anche gli altri saggi di questa sezione, che sono più concentrati sul momento attuale: analizzando aspetti del diritto giurisprudenziale, essi segnalano tendenze alla complicazione dei quadri ordinamentali e all'inclusione della diversità, come tratto strutturale dei profili sistematici.

Non intendiamo in questa sede entrare nel merito delle singole trattazioni a cui rinviando per ogni approfondimento. È forse però utile segnalare brevemente tre nuclei tematici su cui sembrano convergere i diversi studi raccolti nel volume.

Un primo tema è quello del superamento di una concezione statica della diversità. Ciò non solo per spiegare una necessaria tendenza del problema a sfuggire o eccipire agli spazi giuridici che gli ordinamenti giuridici di volta in volta hanno pure previsto. Si tratta anche di accettare la premessa che, nel momento in cui la diversità è accolta tra i principi informatori dell'ordina-

mento, essa agisca come fattore di mobilitazione dell'ordinamento stesso.

Le minoranze di cui parlano le Carte costituzionali sono «*identidades cambiantes*» spiegano Argemiro Martins e Larissa Mizutani, analizzando lo svolgimento giurisprudenziale della Costituzione brasiliana; anche Juliana Neuenschwander ci ricorda che “indio” è un «concetto storicamente variabile». Del resto, come spiega Flavia Stara, l'individuo stesso ha un'identità dinamica la cui definizione è un processo aperto in un «circuito d'istanze tra l'essere in relazione e l'essere in evoluzione della persona». I fattori che incidono possono essere diversi; Vi sono ragioni culturali o sociali, coesenziali alla stessa fenomenologia della diversità, che pretendiamo di includere nello spazio giuridico comune. Interessante è però rilevare che possono essere gli stessi strumenti giuridici che predisponiamo a modificarne il rilievo e i caratteri. Pamela Cacciavillani parla di «*espacio de visulización*» osservando come la Costituzione argentina, unita all'azione della giurisprudenza, abbia offerto aperture alla diversità proprietaria indigena, in un contesto che l'aveva storicamente negata. Anche Cristiano Paixão mostra come alcune opzioni normative nella (e intorno alla) Costituzione brasiliana e i dispositivi connessi (come la *Comissão Nacional da Verdade*) - che svolgono i «regimi di storicità» nella transizione democratica - operano anche come selettori dello spazio e delle tipologie della diversità rilevanti per la giustizia e il diritto. Il saggio di Giovanni Di Cosimo evidenzia un effetto simile e anche le contraddizioni che lo accompagnano, analizzando differenti casi di bilanciamento tra principi e diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana in tempo di crisi economica, dove il problema dell'equilibrio di bilancio entra in rotta di collisione con la tutela dei diritti sociali.

Una seconda convergenza tematica è relativa al tema dell'uguaglianza. L'uguaglianza rappresenta per certi aspetti il canale che il diritto moderno, chiuso nella sua sistematica monistica e nella sua autosufficienza, ha lasciato aperto per comunicare con il mondo delle diversità. Non a caso il primo massiccio riproporsi del problema della diversità, con l'esplosione della questione sociale alla fine dell'Ottocento, si attua nella constatazione e nell'elaborazione di una «crisi dell'uguaglianza» (Cazzetta). Tutto ciò ha fatto sì che la produzione di tutele giuridiche, connessa al problema della diversità, tanto per i diritti sociali quanto per i diritti umani, sia sempre stato agganciato al *programma*² che l'uguaglianza è stata in grado di promuovere.

Al contempo, però, il principio di uguaglianza è una delle categorie che

2 Su questo punto tornerò *infra* nel saggio che conclude il volume.

sono servite a realizzare la “disconnessione” (Neuenschwander) dell’ordinamento giuridico dal mondo delle diversità. Come già accennato, Ricardo Fonseca fornisce un efficace quadro ricostruttivo al riguardo. Anche altri autori mettono in primo piano il problema. Dallo studio di Simona Langella, emerge come nella storia dei diritti sia prevalsa una «visione che converte la differenza in ineguaglianza» e «l’eguaglianza in identità». A sua volta, la ricostruzione proposta Juliana Neuneschwander, sulla fortuna del concetto di *humanitas*, porta a concludere che l’«uguaglianza come una condizione naturale dell’uomo», il suo agganciarsi cioè al presupposto di *una* natura umana, nasconde un’operazione di «naturalizzazione di una certa cultura umana e una conseguente imposizione di tale modello ad altre forme di vita e culture umane».

C’è dunque un grave paradosso nell’efficace costruzione moderna del principio di uguaglianza: è uno strumento capace di emancipare ma insieme è portatore di un lato oscuro all’ombra del quale si sono consumate e si consumano discriminazioni ed esclusioni. Per questo sembra non rinviabile, oggi, il compito di ridiscuterne le prospettive di senso. Nel nostro volume, senza pretesa di esaustività, si suggeriscono anche diverse possibili strade da seguire: quella di un ritorno alla Costituzione per «recuperare un diritto attento alla fattualità e alle differenze sociali» (Cazzetta); o di una ripresa, dal pensiero sui diritti delle origini, dell’idea «della differenza nell’uguaglianza o l’uguaglianza nella diversità» (Langella); oppure dello svolgimento giurisprudenziale della «igualdade do respeito às diferenças» (Martins, Mizutani); o ancora del promuovere una «visione concentrica dei diritti umani» (Stara); o anche quella di assumere come base «un’antropologia dell’altro per pensare diritti a partire da l’altro e non solo diretti o destinati a l’altro» (Neuenschwander).

Un terzo terreno di convergenza tra le diverse analisi, lo si accennava sopra, riguarda le ricadute del rapporto tra diversità e diritto sulle stesse configurazioni dell’ordinamento giuridico e le concezioni ordinanti. Se il tempo della modernità giuridica è il tempo degli ordinamenti giuridici pensati come monadi, ordinate, semplici e autosufficienti, oggi invece, l’approccio teorico, che si fonda sull’esperienza e si rende disponibile a considerare la diversità come categoria strutturale del discorso giuridico, scopre negli ordinamenti giuridici il rilievo della complessità interna e, insieme, delle interazioni con l’esterno (con altri diritti, configurazioni giuridiche, saperi giuridici).

Il problema delle interazioni - che costituisce un’altra angolazione per considerare il fenomeno dei transfer giuridici, della circolazione e delle ap-

appropriazioni di categorie e concetti - è di particolare interesse, data anche la sua complessità. Si tratta, infatti, di un processo nel quale non solo il diritto interno viene a modificarsi, ma a sua volta quello esterno di cui ci si appropria è sottoposto ad un processo di «trasformazione del senso, della portata o della funzione» (Roesler). Tale dinamica assolve funzioni molteplici; può essere l'esito di «una vera comunicazione tra culture giuridiche diverse» volto a modificare i contenuti del diritto, ma, rileva Claudia Roesler, può anche corrispondere ad una esigenza, pure essenziale per la vita del diritto, di tipo retorico argomentativo, per rafforzare o giustificare, ad esempio, alcune opzioni interpretative in sede giudiziale. Inoltre, non si tratta di una dinamica occasionale o legata alla contingenza, che la dimensione giudiziale del diritto è anzitutto chiamata ad affrontare. Lo mostra bene Pamela Cacciavillani che parla a questo proposito di un carattere di *permeabilità*, come una vera e propria «componente integral del ordenamiento». Tale carattere, per altro, come dimostra Ricardo Fonseca, nel momento in cui riscopriamo «il tema della diversità», assume anche il rilievo di una categoria analitica, che ci permette di pensare l'ordinamento giuridico oltre la sua riduzione a una «logica unica ed esclusiva».

La soggettività giuridica a partire dal paradigma dell'individuo indeterminato e astratto, il principio di uguaglianza, il carattere monistico dell'ordinamento giuridico: tre pilastri che hanno caratterizzato il regime fondamentale della coesione sociale nella modernità giuridica. È da una verifica sulla loro tenuta e dalla disponibilità a un loro ripensamento, che sembrano dipendere oggi le possibilità di produrre un discorso giuridico sulla (ma a partire dalla) diversità, capace di assegnare nuova effettività ai diritti e dare risposte più adeguate in termini di giustizia.

IL DIRITTO NEL MONDO DELLE DIVERSITÀ

DISCORSO GIURIDICO E DIFFERENZE SOCIALI: LA CRISI DELL'UGUAGLIANZA FELICE

Giovanni Cazzetta

Il nostro volume si propone di affrontare i mutamenti dell'idea di diversità nel discorso giuridico considerando i cambiamenti delle sensibilità culturali, le trasformazioni dell'idea di giustizia in momenti di transizione e di crisi. Il profilo di cui si occupano queste pagine riguarda il rapporto tra *discorso giuridico e diversità sociali*, un profilo particolarmente difficile da circoscrivere: il riferimento al 'sociale' implica un richiamo all'intera dimensione giuridica, sempre necessariamente radicata nel sociale; i riferimenti a transizione, crisi, idea di giustizia, rinviano a loro volta, se uniti a 'sociale', a una prospettiva che coinvolge nel suo complesso il discorso giuridico. Ho provato a limitare il campo, tentando di seguire le rappresentazioni del «diritto sociale» emerse fra Otto e Novecento, cercando di scorgere in controluce taluni profili del rapporto tra discorso giuridico e differenze sociali nella crisi dell'uguaglianza del presente.

1. *Differenze sociali e 'naturale' unione fra società e dimensione giuridica*

Recentemente Pierre Rosanvallon ha tratteggiato una distinzione fra una prima e una seconda crisi dell'uguaglianza. La prima, esplosa nell'Ottocento con l'emersione della questione sociale, si presentava come crisi dell'«uguaglianza felice» del mondo precapitalista della Rivoluzione francese e della Rivoluzione americana; la seconda, apertasi negli anni settanta del Novecento come crisi della concezione della giustizia sociale e dei meccanismi redistributivi affermatasi dalla fine dell'Ottocento per far fronte alla prima crisi dell'uguaglianza, più che per effetto congiunturale e semplice conseguenza dell'ondata neoliberista. La crisi dell'*uguaglianza felice* intervenne – scrive Rosanvallon – in un mondo in cui gli ideali di similarità, di autonomia e di cittadinanza si combinavano senza molti contrasti e la libertà si confondeva con l'uguaglianza, in cui la questione sociale era determinata dalle differenze prodotte dalla dipendenza, più che dalle disuguaglianze economiche. Legata allo sviluppo dell'industrializzazione, la crisi di quell'uguaglianza trovò una risposta con

l'affermarsi tra Otto e Novecento degli Stati sociali-redistributori. La seconda crisi dell'uguaglianza affonda le sue radici proprio nell'inadeguatezza delle risposte di ieri alla società degli individui di oggi. Con tale distinzione Rosanvallon intende proporre un ripensamento dell'idea di uguaglianza e un ritorno allo spirito Rivoluzione francese e americana ¹.

Non mi interessa qui considerare l'idea di "un ritorno" allo spirito dell'uguaglianza delle Rivoluzioni di fine Settecento, ma semplicemente trarre spunto dal riferimento all'uguaglianza felice per seguire le strategie discorsive poste in essere dai giuristi per affrontare la "prima" crisi dell'uguaglianza. Nella seconda metà dell'Ottocento l'affermarsi della questione sociale, la scoperta della società ², generò una trasformazione del diritto comune codicistico. Considerando i nuovi attori sociali e i nuovi compiti assunti dallo Stato si è soliti intravedere già tra Otto e Novecento il primo affermarsi di una cittadinanza sociale progressivamente indirizzata a subordinare il mercato alla giustizia sociale, a sostituire «la dichiarazione dei diritti alla libera contrattazione» ³. La crisi dello Stato sociale, la crescente marginalità dei diritti sociali (nonostante la ripetuta affermazione dell'indisgiungibilità dei diritti civili, politici e sociali), il mercato globale fondato sul terreno livellatore della libertà del contratto, offre nella "seconda crisi" dell'uguaglianza un quadro molto diverso.

Siamo di fronte al fallimento delle strategie sociali elaborate nel corso del Novecento? A un ritorno, nel vuoto di pubblico e nel crollo della sovra-

1 Ripensare l'uguaglianza, trovare una risposta alla questione sociale di oggi, «nell'epoca dell'individuo», significa – scrive Rosanvallon – superare la visione della società come corpo e delle istituzioni solidaristiche come prolungamento della vita organica, ripartire dallo spirito di uguaglianza della Rivoluzione francese e americana, dall'uguaglianza come relazione, come modo di "fare società", di produrre e far vivere la società; un'uguaglianza-relazione da porre in essere articolando assieme similarità (uguaglianza-equivalenza, diritti umani), indipendenza (uguaglianza-autonomia) e cittadinanza (uguaglianza-partecipazione). Pierre Rosanvallon, *La société des égaux*, Paris, Seuil, 2011; tr. it. *La società dell'eguaglianza*, Roma, Castelvechi, 2013, p. 40 ss.

2 Jacques Donzelot, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984; Robert Castel, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995; Giovanna Procacci, *Governare la povertà. La società liberale e la nascita della questione sociale*, Bologna, il Mulino, 1998.

3 Thomas Humphrey Marshall, *Citizenship and social class and other essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950; tr. it. *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di S. Mezzadra, Roma-Bari, Laterza, 2002.

nità statale e degli attori collettivi, a una società degli individui condannata a risolvere soltanto piccole disuguaglianze⁴ e a far ritorno al diritto comune dell'uguaglianza felice di ieri?

Senza alcuna pretesa di completezza, qui tenterò semplicemente di seguire alcune rappresentazioni del “diritto sociale” prospettate negli anni della crisi dell'uguaglianza del diritto comune civilistico ottocentesco e poi destinate a caratterizzare un lungo Novecento giuridico⁵.

Il dibattito sulla possibilità di configurare un diritto sociale sottratto al dispotismo della rigida distinzione tra diritto pubblico e privato evidenziò fra Otto e Novecento volti diversi della società, ridisegnò il rapporto tra fattualità e diritto. Obiezione più volte ripetuta per contrastare la richiesta di “autonomia” del diritto sociale fu quella della sostanziale insensatezza della stessa dizione. Il sociale – si affermava – è una dimensione ontica dell'ordine giuridico, un ordine che è l'inevitabile specchio delle armonie e dei contrasti della società: sempre il diritto, tutto il diritto, è sociale perché sempre è radicato nella società. La dizione “diritto sociale” risultava, dunque, inutile e pericolosa: inutile perché nulla aggiungeva all'assunto *ubi societas ibi ius*; pericolosa perché riduceva il nesso diritto/società a esclusiva pertinenza di un ambito del giuridico che rivendicava addirittura una sua autonomia e, pretendendo di monopolizzare e imporre una rappresentazione tanto esclusiva quanto vaga del sociale, frammentava la complessiva unitarietà del diritto. Affiancata da rigide e formalistiche distinzioni (e spesso dal rifiuto di accordare specifico rilievo giuridico alla questione sociale), l'obiezione provava troppo e, più che mitigare, acuiva le dispute. L'assunto *ubi societas ibi ius* indicava, infatti, agli uni e agli altri diverse corrispondenze del diritto ai fatti, mostrava ora piene corrispondenze ora discrasie profonde fra la dimensione sociale e la dimensione giuridica, proponeva strategie diverse per affrontare le differenze sociali. Nella crisi del diritto comune uguale il riferimento a un “diritto sociale” metteva in discussione le certezze del diritto comune e dello Stato di diritto, lasciando intravedere il temuto ritorno al particolarismo giuridico premoderno, lo sfaldamento della maestosa uguaglianza della legge, la creazione di nuovi *status* privilegiati. Era in discussione il carattere di generalità delle statuizioni giuridiche, l'unificazione del soggetto di diritto, la tenuta del principio di legalità e di libertà/uguaglianza della cittadinanza liberale, del

4 Cfr. Michele Ainis, *La piccola eguaglianza*, Torino, Einaudi, 2015.

5 Paolo Grossi, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 3 ss.

diritto borghese: la considerazione delle differenze sociali nella società industriale proponeva, più che un'astratta autonomia o una specialità del sociale, una diversa forma di unità del diritto, una diversa attenzione ai fatti, alle particolarità del sociale, ai nuovi soggetti, ai gruppi, alle differenze dei soggetti e dei beni.

Il riferimento al “diritto sociale” metteva così a fuoco il problema della “naturale” unione del diritto con la società e il complessivo rapporto tra legge, giurisprudenza, scienza giuridica e trasformazioni sociali. Una nebulosa di strategie argomentative, talora ingenue e confuse, componeva e reclamava un diritto sociale ora prospettando una modifica del diritto comune, ora l'istituzione di un diritto completamente nuovo, di un codice privato-sociale, di un codice dell'avvenire, ora esigendo “soltanto” leggi speciali, l'intervento sociale e pacificatore dello Stato, ora rivendicando piena autonomia per il diritto dei gruppi. Non era difficile ironizzare sulle virtù soprannaturali attribuite al diritto sociale (termine à la mode – afferma Julien Bonnecase – che gode il favore di tutti solo perché nessuno sa cosa sia); le variegata strategie argomentative dei giuristi segnavano comunque una rinnovata attenzione per le differenze sociali nella dimensione giuridica, evidenziando problemi e soluzioni che segneranno a fondo il discorso giuridico nel corso dell'intero Novecento.

2. *Questione sociale: la crisi del diritto comune civilistico*

L'uguaglianza della Rivoluzione non era felice: alle molteplici contraddizioni della proclamata uguaglianza formale, si aggiungeva il divario con l'uguaglianza sostanziale. La richiesta di uguaglianza sostanziale non fu un innesto sul tronco di un'originaria libertà/uguaglianza “pura”. Basti pensare al contratto di lavoro stipulato fra soggetti “liberi e uguali” – un contratto libero enfaticamente posto contro l'assetto cetuale di antico regime, contro le forme di sottomissione e dipendenza – che consumava tutta l'uguaglianza nel momento del perfezionamento dell'accordo, proponendo poi nella vita istituzionale del rapporto la sostanza delle catene e delle gerarchie del passato ⁶. Il richiamo di Rosanvallon all'«uguaglianza felice», può però essere condiviso con-

⁶ Cfr. Pietro Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo inglese*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 231-274; Robert J. Steinfeld, *Coercion, Contract and Free labour in the Nineteenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

siderando la grande speranza offerta da libertà e uguaglianza fuse assieme, una speranza poi mitizzata nella costruzione del diritto comune nazionale che cancellava le differenze di *status*, proclamava l'uguale sottoposizione di tutti i cittadini alla maestosità della legge, prometteva un universalismo individualistico che legava libertà e responsabilità. La principale speranza era offerta proprio dalla liberazione dalle condizioni di dipendenza, dal lavoro libero che annunciava una società progressiva sorretta dal contratto individuale e fondata sull'«annientamento» di ogni forma associativa, su un individualismo tanto radicale da essere «manifestamente utopico»⁷. La formula proposta nel 1861 da Maine in *Ancient Law*, «l'evoluzione della società progressiva è stata fin qui un movimento dalla *status* al contratto», non sintetizzava certo la realtà del periodo ma manifestava l'ineluttabile progredire della libertà/uguaglianza in opposizione alle differenze cetuali.

L'emersione della questione sociale si presentò come crisi della speranza della libertà/uguaglianza, come “scoperta” delle differenze sociali nel giuridico. Il dibattito svoltosi in Francia nel 1848 riguardo al *diritto* (sociale) *al lavoro* muoveva proprio dalla constatazione delle speranze tradite dalla Rivoluzione, dall'ordine della proprietà e del contratto: un ordine che si era rivelato impossibile, ingiusto, vano, così come vana era una *libertà di lavorare* che non garantiva a tutti il *diritto di lavorare*. Le critiche contro i «mostruosi risultati del *laissez faire*» richiedevano che la promessa fosse mantenuta, esigevano l'intervento dallo Stato «principio di ogni ordine, di ogni giustizia distributiva e di ogni unità»⁸. La richiesta s'iscriveva ancora nell'ordine degli individui (esigeva una coerente affermazione di libertà e uguaglianza) ma, per altro verso, prospettava un nuovo ordine caratterizzato da prestazioni positive dello Stato, da ponti posti a collegare Stato e individui⁹.

⁷ Spiros Simitis, *La legge Le Chapelier tra storia e attualità*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 48, 4, 1990, pp. 743-767; Id., *Diritto privato e disuguaglianza sociale: il caso del rapporto di lavoro*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 89, 1, 2001, pp. 47-66.

⁸ Così nel dibattito sul diritto al lavoro («*mémorable discussion*») svoltosi durante i lavori dell'Assemblea costituente della Seconda Repubblica francese tra il settembre e il novembre del 1848. Cfr. Joseph Garnier, *Le droit au travail à l'Assemblée Nationale. Recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion*, Paris, Guillaumin, 1848.

⁹ Pietro Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. II: L'età delle rivoluzioni, 1789-1848*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 279 e ss.

L'opposizione alla richiesta del diritto al lavoro fece emergere distinzioni poi a lungo utilizzate a difesa dell'uguaglianza del diritto comune. Fu proprio l'idea della necessaria tutela del diritto "di tutti" a essere posta al centro del dibattito, sostenendo l'inconciliabilità tra vero diritto e privilegio riservato a una classe, tra intervento dello Stato e garanzia di libertà e eguaglianza, tra diritto e benevolenza. Le differenze sociali erano da porre – come sostenne Adolphe Thiers nell'intervento del 13 settembre 1848 – all'esterno del diritto: «non bisogna fare di un soccorso, di un atto di benevolenza, un diritto»; «un diritto è di tutti; quando è un diritto di una sola classe, non è un diritto; un diritto che si accorda a questo e si rifiuta a quell'altro non è un diritto». L'argomento segnava il confine del sociale giuridicamente riconoscibile. L'insormontabile ostacolo che impediva azioni giuridiche contro le differenze "di fatto" era il diritto comune, l'uguaglianza della legge; una legge monopolizzata dalla politica ma inalterabile nella sua generalità e astrattezza dalla politica.

Il riferimento a "disuguaglianze naturali" e a "invincibili differenze" restava sotteso al discorso giuridico che attribuiva valenza costituzionale al diritto comune. Chi contrastava da posizioni reazionarie le «idee troppo esagerate di fraternità» e le «assurde idee di uguaglianza» richiamava esplicitamente il nesso funzionale fra «ordine provvidenziale delle disuguaglianze di fatto» e uguaglianza di tutti di fronte alla legge: il povero – scriveva un giurista italiano a ridosso dell'Unità – avrà sempre una quantità di diritti minori di quella che spetta al ricco, ma poveri e ricchi concorrendo con la loro diversità di mezzi e di attitudini al mantenimento dell'ordine sociale sono «ugualmente rispettabili»; le leggi ispirate ai principi di giustizia – concludeva – devono contrastare ogni specie di privilegio e garantire a tutti «la sola uguaglianza che possa essere assicurata dagli ordinamenti civili e politici senza violentare l'ordine provvidenziale delle disuguaglianze di fatto»¹⁰.

I riferimenti al diritto "di tutti" come limite all'arbitrio del legislatore e le distinzioni tra generale e speciale, fra permanente e provvisorio, fra diritto comune e privilegio di una sola classe, fra disuguaglianze "vincibili" e disu-

10 La differenza di fatto tra ricchi e poveri era ritenuta 'vincibile', mentre quella «naturale» tra uomo e donna era ritenuta «invincibile», rendendo impossibile l'uguaglianza giuridica e necessaria l'attribuzione alla donna di una minore «somma di diritti». Pietro Fiorentino, *Saggio di un esame critico dei Codici italiani. Sulle disposizioni generali premesse al Codice civile e specialmente su quelle che riguardano il diritto internazionale privato*, Messina, Tip. del commercio, 1869.

guaglianze “invincibili”, restarono decisivi negli ultimi decenni dell'Ottocento. Anni in cui si moltiplicavano le critiche all'individualismo e all'astratto formalismo del diritto comune, le richieste di un nuovo diritto, di leggi speciali, di una normativa finalmente attenta a una società divisa dalla questione operaia, dalla lotta tra capitale e lavoro, dall'affermarsi di nuovi soggetti sociali; anni in cui s'invocavano riforme per sanare i contrasti più acuti generati dal diritto “uguale” e riconoscere i particolari bisogni dei nuovi soggetti. Movendo da riferimenti alla sociologia, all'evoluzionismo, all'organicismo, si reclamava «non più la uniformità ma la specialità, non più la legge di uguaglianza ma di proporzione», «il diritto-integrazione all'opposto del diritto-indifferenza»¹¹.

Anche a fine Ottocento, infatti, il diritto “di tutti” continuava ad essere utilizzato per isolare, distinguere, separare, una stabile società *interna* all'ordine giuridico e una società *esterna*, mutevole, variabile, transeunte. I difensori della società del diritto comune codicistico miravano a fissare confini, a sottrarre principi e idealità caratterizzati «da eterna giustizia» ai mutamenti accelerati dell'economia: temevano la «socialità invadente» connessa al «sostegno ai deboli»; si opponevano a una considerazione delle differenze sociali produttrice di una pedantesca e insopportabile disciplina “speciale” indirizzata a smembrare l'unitarietà del diritto, a porre fine alla libertà/uguaglianza felice. Le distinzioni formali tra «fatto» e «diritto», tra «sociale» e «giuridico», tra «questione giuridica» e «questione sociale», così come le obiezioni avanzate contro la confusione tra privata utilità e utilità dell'organismo sociale presente nell'ambigua formula “diritto privato-sociale”, mettevano a nudo questi timori; timori che riemergevano continuamente, del resto, nei dibattiti parlamentari sulle leggi sociali costellati di troppo nette contrapposizioni tra «immutabilità del diritto comune» e «privilegi» connessi a una considerazione giuridica delle differenze sociali¹².

Una via di fuga rispetto a queste rigide scelte fu offerta dal modello dell'assicurazione obbligatoria che traduceva in separata “garanzia” l'istanza di solidarietà sociale. Come sospesi tra pubblico e privato i principi sociali erano fissati in una zona d'indeterminata natura giuridica. Nell'intervento sul sociale si poteva cogliere la rottura della tradizione liberale classica, l'av-

11 Bassano Gabba, *Trent'anni di legislazione sociale*, Torino, Bocca, 1901, pp. 15-17.

12 Per un'analisi delle diverse posizioni si cfr. Giovanni Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007.

vio dello Stato sociale, dello Stato provvidenza ¹³; ma era possibile cogliere anche una soluzione transitoria che isolava nel diritto pubblico l'incidenza delle norme sociali lasciando immutato il "vero" diritto. Il riferimento alla natura giuridica esclusivamente pubblicistica dell'intervento "sociale" fu non a caso utilizzato per sostenere la marginalità delle nuove norme, da intendere come 'eccezioni' incapaci di incidere sul diritto comune, sul contratto, sulla responsabilità, sulla proprietà, sul nucleo stabile del giuridico, sulla relazione "di sempre" tra società e dimensione giuridica ¹⁴. Le norme sociali restavano esterne al nucleo "vero" del giuridico: la provvisoria ipertrofia del pubblico era posta a difesa dell'intangibilità del diritto comune.

3. *Differenze sociali e costruzione dello specialismo disciplinare giuslavoristico*

L'isolamento pubblicistico della richiesta di un diritto attento alle particolarità del sociale si rivelava particolarmente fragile con riferimento al contratto di lavoro. La richiesta si muoveva, infatti, nel diritto comune e, contrastando la mitologia della libertà assoluta di contratto e la logica della beneficenza, metteva in luce la situazione sociale del lavoratore per esigere la fine del silenzio della legge, una specifica disciplina giuridica come quella dedicata ad altri contratti.

La richiesta di porre limiti alla «sconfinata» libertà di contratto presto abbandona il riferimento a norme solo dispositive¹⁵ e rivendica norme imperative, norme assolute, inderogabili, per impedire al «più forte di opprimere il più debole», alla «libertà di violare il diritto», per contrastare la «manifesta disuguaglianza della posizione reciproca di contrenti» ¹⁶.

¹³ François Ewald, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986; Henri Hatzfeld, *Du paupérisme à la Sécurité sociale, 1850-1940*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1989.

¹⁴ Cfr. Giovanni Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991.

¹⁵ Ernest Désiré Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, Picard, 1886, p. 37 ss.

¹⁶ Cfr., ad esempio, George Cornil, *Du louage de service ou contrat de travail. Étude sur les rapports juridique entre les patrons et les ouvriers employés dans l'industrie*, Paris, Thorin & fils, 1895. Ma si veda Anton Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Tübingen, Laupp, 1890; tr. it. di G. Oberoesler: *Il diritto civile e il pro-*

Si trattava di disegnare diversamente il diritto comune restando al suo interno. Il netto rifiuto opposto alla norma inderogabile torna ancora a far emergere, però, la divisione tra pubblico e privato e a proporre l'immagini separate della società: la norma inderogabile, si ripete, è speciale, eccezionale, pubblicistica, incompatibile con il diritto di tutti.

La costruzione dello specialismo disciplinare giuslavoristico resta segnata da questa contrapposizione, dal gioco di appartenenza e estraneità al diritto comune, dalla contrastante considerazione della "diversità sociale" rispetto al diritto di tutti. Porre «una linea di confine» al diritto comune, per contrastare la «violenza sulla persona» scaturente dall'esercizio di una libertà indifferente alla «particolare posizione sociale del lavoratore»¹⁷, significava esigere un intervento "esterno" della legge sulla libertà/uguaglianza affermate dal contratto: un intervento che sistematicamente torna ad essere prospettato come protezione "pubblicistica" di una classe, come la fine della vera libertà del diritto comune, come introduzione di uno *status* privilegiato¹⁸. Il tema si ampliava con riferimento alla contrattazione collettiva che, da un lato, finalmente prospettava l'affermarsi di un diritto svincolato dalla sovranità del contratto individuale e della legge, dall'altro si prestava a essere visto come lesione del diritto "di tutti", perché costretto a esigere un privilegiato sostegno da parte della legge.

I contrasti ben si riflettevano tra Otto e Novecento nelle posizioni di chi si confrontava con il nascente diritto del lavoro proponendolo ora "dentro" ora "fuori" il diritto comune, ora difendendo l'intangibilità del diritto "di tutti", ora un suo capovolgimento per considerare le disuguaglianze sociali. La considerazione delle differenze sociali si presentava incapace di andar oltre la dicotomia pubblico/privato. Il diritto del lavoro, la disciplina che nel corso

letariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico, Torino, Bocca, 1894; Isidoro Modica, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione*, Palermo, Reber, 1897.

¹⁷ Hugo Sinzheimer, *Die Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses* (1928), in Id., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*, Frankfurt a. M.–Köln, Europäische Verlagsanstalt, 1976, vol. I, p. 118.

¹⁸ Albert Venn Dicey, *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth century*, London, Macmillan and Co., 1905, pp. 282- 283; Otto Kahn-Freund, *A note on status and contract in British labour law*, «The modern law review», 30, 1967, pp. 635 ss. Cfr. Giovanni Cazzetta, *Intervento dello Stato e libertà contrattuale fra Otto e Novecento*, «Historia et jus», 2014, <www.historiaetius.eu> - 6/2014 - paper 2.

del Novecento assorbirà in sé il riferimento al “diritto sociale”, resta lacerato dalla divisione: ora visto come autonomo «droit de classe» («l’ouvrier n’est pas une citoyen comme les autre»¹⁹), ora come momento di trasformazione sociale del diritto privato, ora come parte del diritto pubblico.

La particolare posizione sociale del lavoratore otteneva una tutela giuridica ora invocando la norma statale, ora proponendo un suo “autonomo” diritto. Del resto, gli argomenti dei giuslavoristi divergevano e s’incontravano riguardo al ruolo dello Stato, proponendo una diversa marginalità della normativa statale rispetto a una dimensione sociale capace di produrre un suo diritto. Chi riteneva che la «moda funesta» di richiedere tutto allo Stato alterasse la libertà di contratto individuale e l’ordine degli individui proponeva ragioni non dissimili da quelle di coloro che, movendo da un diverso punto di vista “sociale”, rifiutavano l’intervento dello Stato ritenendo “autonoma” la nuova forma di produzione collettiva del diritto. Per gli uni e per gli altri l’intervento dello Stato poteva dirsi solo provvisorio e reversibile di fronte a un ordine “interno” alla società, alla spontanea tensione dell’ordine degli individui e dei gruppi a proporre un diritto “autonomo”, “puro”. Entrambe le prospettive non riuscirono nel corso del Novecento a conservare la loro purezza, contaminandosi con l’azione dello Stato, dando luogo – sotto la spinta di attori sociali forti – a uno specialismo disciplinare “ibrido” destinato a contrastare – con strumenti privatistici e pubblicistici – le disuguaglianze e a ottenere tutele per il lavoro²⁰. Tutele che inevitabilmente contrastavano una disuguaglianza ma ne ponevano altre: lo stesso diritto del lavoro affiorava, infatti, come un privilegio di pochi rispetto “a tutti”. «Quale significato ha il diritto del lavoro – si chiedeva nel 1933 Sinzheimer – se nel migliore dei casi è un diritto per una élite di lavoratori che ha la fortuna di rimanere occupata, mentre accanto all’esistenza del diritto del lavoro cresce un cimitero di “disoccupazione strutturale”»²¹.

19 George Scelles, *Le Droit ouvrier: tableau de législation Française actuelle*, Paris, Colin, 1922. Cfr. Pierre-Yves Verkindt et Laëticia Nonnard-Plancke, *La réception de la «question sociale» par la doctrine juridique civiliste en tournant du siècle*, in Jean Pierre Le Crom (ed.), *Les acteurs de l’histoire du droit du travail*, Rennes, PUR, 2004, p. 19 ss.

20 Cfr. Gino Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un’enciclopedia)*, in Id., *Lavoro legge contratti*, Bologna, il Mulino, 1989, pp. 245-292.

21 Cfr. Bob Hepple, *Diritto del lavoro, disuguaglianza e commercio globale*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 93, 2003, I, pp. 27 ss.

4. *Diritto sociale*

Il Novecento presenta oramai chiara la «semplicità perduta»²²: la netta divisione assoluta tra individuo e Stato è posta in discussione e – in corrispondenza con il nuovo volto della società – si moltiplicano le prospettive di un “diritto sociale” capace di andar oltre la linea di confine tra privato e pubblico, “oltre lo Stato” e “oltre l’individuo”. La rappresentazione divisa del sociale di fine Ottocento resta comunque a lungo rilevante: affiora ripetutamente nelle strategie discorsive di quanti si richiamavano al “diritto sociale” come a un diritto “speciale”; caratterizza poi l’idea della reversibilità dei diritti sociali negli Stati costituzionali; ritorna nel momento in cui si propone, nella società del mercato, un diritto comune nuovamente puro in cui assorbire le “eccezioni sociali” nate del Novecento.

Giova qui soffermarsi a considerare solo il primo profilo, spigolando tra le immagini delle differenze sociali presenti nel discorso giuridico indirizzato a porre in primo piano il “diritto sociale”.

a) Un primo riferimento, spesso molto generico, a “diritto sociale” è operato da quanti pongono in primo piano il *movimento spontaneo dei fatti e il nuovo ruolo dell’interprete*. Il diritto sociale nasce dai fatti nella crisi del diritto uguale. La strategia argomentativa fa riferimento alla crisi dell’ordine posto dalla Rivoluzione e dal Codice, all’affermarsi di nuova società complessa e alla conseguente necessità di costruire un diritto attento alle differenze/disuguaglianze sociali. Insiste sul tema, con qualche semplificazione di troppo, Gaston Morin scrivendo della *decadenza della sovranità di legge e contratto* e ponendo in primo piano il ruolo degli interpreti. I sintomi della crisi sono dati dalla perdita del “monopolio della volontà” (quella individuale dei contraenti, quella dei Parlamenti) a vantaggio di regole della vita sociale determinate dalle necessità collettive, dal *movimento spontaneo dei fatti*, dall’affermarsi di regole flessibili valutate in base ad esigenze eque dal giudice; un giudice sempre più proteso a sostituire il legislatore e la volontà dei contraenti. Lo Stato indietreggia di fronte alle organizzazioni professionali, il potere legislativo dinanzi al potere giudiziario e all’accrescersi del ruolo dell’interprete che (si afferma richiamando Gény, Saleilles, Lambert) è in grado di cogliere il senso profondo delle regole del diritto in conformità con la realtà sociale e con il variare dell’idea di giustizia.

²² Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

La decadenza delle vecchie forme è segnata dall'affermarsi di una nuova idea di giustizia che propone un ordine giuridico più realista e più umano: le necessità della vita economica, i fatti, producono un diritto superiore alla sovranità di legge e contratto, impongono la protezione dei deboli (che non è più, come in passato, dovere dei forti ma «*droit des faibles*»), attenzione alle disuguaglianze di fatto verso cui la Rivoluzione e il Codice erano indifferenti. È l'affermarsi di un nuovo ordine in cui il diritto fissa legami di solidarietà e assume a suo fondamento il diritto alla vita, il diritto all'esistenza di tutti gli esseri umani. Strumenti del mutamento sono, da un lato, l'associazione dei deboli, il diritto prodotto dai gruppi attraverso forme di contrattazione non individualistica e, dall'altro, l'intervento dello Stato, l'imposizione di norme imperative, l'affermarsi di forme di assicurazione sociale, di solidarietà tra tutti i membri della società. Due vie queste – aggiunge Morin – che non sono esclusive: accanto ad esse è da porre l'adattamento del diritto alla vita sociale posto in essere dall'interprete e dalla giurisprudenza²³.

Le pagine riecheggiano, oltre che il solidarismo della Terza Repubblica, le parole d'ordine di fine Ottocento diffuse nelle rivendicazioni di legislazione sociale e nelle richieste di un diritto privato-sociale conforme a nuovi rapporti economici: critica alla libertà di contratto, preminenza della persona umana rispetto alle astratte leggi economiche, tutela giuridica da offrire a soggetti sociali tanto concreti quanto socialmente differenti («il capitalista e l'operaio, il contadino e il proprietario, il produttore e il consumatore»²⁴) per evitare «l'assurdità di un trattamento uguale per esseri disuguali», un'uguaglianza formale sempre pronta a tradursi nei fatti in «apertissima iniquità» e in privilegio.

b) Il tema delle differenze sociali è giocato diversamente da chi punta a *tradurre il diritto sociale in una disciplina giuridica autonoma*²⁵. La tensione pluralistica è meno marcata e l'attenzione è indirizzata soprattutto verso la legislazione sociale, industriale, del lavoro; «legislazione privilegiata», «di classe», che rompe l'astratta unitarietà del diritto e della giurisdizione. Il diritto sociale – diritto nuovo che garantisce effettivamente a tutti vera libertà e

23 Gaston Morin, *La Loi et le Contrat. La décadence de leur souveraineté*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1927.

24 Così Enrico Cimbali, *Le obbligazioni civili, complemento e funzione della vita sociale*, in ID., *Della capacità di contrattare secondo il codice civile e il codice di commercio*, Torino, Utet, 1887, p. LXVI.

25 Faccio qui riferimento a Martín Granizo, Mariano González Rothvoss, *Derecho social*, Madrid, Editorial Reus, 1935.

uguaglianza, che considera la persona umana con le sue necessità e i suoi bisogni – si realizza grazie all'azione dello Stato, al prevalere del diritto pubblico sul diritto privato, delle norme imperative sulla volontà delle parti. Ed è un diritto destinato ad ampliare il suo raggio di azione, a offrire tutele crescenti con una sempre maggiore intensità regolamentare, con una sempre più vasta estensione personale e territoriale.

Il riferimento al diritto extra-statuale, a una società articolata e capace di produrre un proprio diritto, resta in ombra: i contenuti del diritto sociale sono dati dalla legge, dalle tutele accordate dal diritto amministrativo, dall'estensione dei limiti alla libertà contrattuale, dalla sicurezza sociale. Il diritto sociale finisce per considerare così le tutele specifiche per la situazione del lavoro nell'industria, il contratto individuale di lavoro, il diritto sindacale, la previdenza sociale; settori sempre più oggetto dello specialismo disciplinare giuslavoristico.

Il passaggio dal diritto sociale al diritto del lavoro è tracciato in Spagna con grande nettezza in una monografia in cui, abbandonando la nozione ampia e indeterminata di diritto sociale – una «nebulosa doctrinal» entro cui si collocano assieme Gurvitch e Ehrlich, Gén y e Hauriou, Gierke e Menger, Mosca e Radbruch –, si approda a uno specialismo giuslavoristico che si nutre di riferimenti a Lotmar, Barassi, Greco, Borsi, Potthoff, Kaskel e Sinzheimer²⁶. Gli argomenti a favore dello specialismo disciplinare segnalano la geografia delle stratificazioni sociali e il percorso di frammentazione dell'unitarietà del giuridico, quasi a mostrare l'impossibilità di una via "sociale" autonoma: a un diritto sociale tanto ampio da essere vuoto sta di fronte il più concreto diritto del lavoro lacerato dalla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

c) Una terza strategia argomentativa può essere individuata nella posizione di chi lega *diritto sociale a diritti sociali e a pluralismo extra-statuale*. Nelle pagine di Gurvitch – l'autore che più si spese per l'affermazione di un diritto sociale caratterizzato da «autonomia di contenuto» e da una sua specifica «storia dottrinale»²⁷ – il *Droit social* si presenta come espressione

26 Eugenio Pérez Botija, *El derecho del trabajo. Concepto, substantividad y relaciones con las restantes disciplinas jurídicas*, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1947.

27 Georges Gurvitch, *Le temps présent e l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931; Id., *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^e siècle jusqu'à la fin du 19^e siècle*, Paris, Sirey, 1932. L'affermazione della «giuridicità» e della «autonomia di contenuto» del diritto sociale ha il dichiarato obiettivo di respingere le accuse di vaghezza mosse da Julien Bonnecase.

non formale della realtà giuridica, come diritto in grado di cogliere il volto autentico di una società pluralistica, caratterizzata (a livello internazionale e nazionale) da una sua naturale giuridicità, da ordini giuridici «indipendenti» capaci di limitarsi reciprocamente e collaborare su basi di parità. Il diritto sociale guarda al futuro superando la distinzione artificiale fra pubblico e privato e realizzando un'integrazione «obiettiva» del diritto nella società oltre le strette maglie imposte dallo Stato e dall'ordine voluto dai singoli: è espressione della preminenza della società ed suo elemento unificante, è «diritto di integrazione, di comunione, di collaborazione in una totalità antigerarchica», «diritto di pace, di aiuto scambievole, di lavoro in comune»; «diritto autonomo, inerente ad ogni "Noi" particolare»; diritto «favorevole all'autonomia giuridica delle parti interessate»²⁸.

Nel progetto di *Dichiarazione dei diritti sociali* (1944-46) Gurvitch fissa un nesso strettissimo tra diritto sociale e diritti sociali, riaffermando la sua visione pluralistica, anti-individualistica e anti-statalistica: diritto sociale e diritti sociali non sono «politica sociale dello Stato» (legislazione statale riguardante la questione sociale e la protezione dei soggetti deboli della società), non sono intervento dello Stato in campo economico. Affermare il diritto sociale non significa, dunque, porre l'attenzione sul ruolo attivo e interventista dello Stato ma tener conto del pluralismo giuridico nella vita reale del diritto, della capacità di ogni gruppo di produrre un proprio ordine giuridico autonomo, così come nel caso del «diritto autonomo operaio», un diritto da scorgerci in «contrasto» con la legislazione sociale dello Stato. L'affermazione del diritto sociale è posta, dunque, esplicitamente *contro* «la teoria statalistica e monistica del diritto», *contro* la visione del diritto come comando, espressione della volontà superiore e sovrana dello Stato. Lo Stato – scrive – non rappresenta la totalità e non fornisce l'ordine: «il diritto statale è un'isola, più o meno estesa, in un vasto oceano di ordinamenti giuridici». Movendo da questa rappresentazione si contesta inevitabilmente l'idea erronea del diritto sociale come mera espressione di leggi indirizzate a vedere «nei soggetti più deboli economicamente e in quelli oppressi sul piano sociale, esclusivamente dei beneficiari e dei destinatari passivi delle misure favorevoli dello Stato»; un'idea quest'ultima suscettibile di essere assunta dagli Stati totalitari preoccupati del benessere materiale di produttori e consumatori «resi schiavi»²⁹.

²⁸ Georges Gurvitch, *L'idée du droit social*, cit. p. 17 ss.

²⁹ Georges Gurvitch, *La Dichiarazione dei diritti sociali* (a cura di A. Scerbo), Sovveria Mannelli, Rubettino 2004, in particolare pp. 70 ss.

Il progetto di *Dichiarazione* era destinato nelle intenzioni di Gurvitch a unire diritto sociale e democrazia (contro ogni «pregiudizio statalistico e ogni menzogna totalitaria»), a garantire integrazione, solidarietà, partecipazione, senza imporla nel giuridico movendo da «fuori», dall'«esterno», ma cogliendola nel sociale e valorizzando le sue differenze, affermando il diritto extra-statale delle comunità dei produttori, dei consumatori e delle loro organizzazioni³⁰.

d) In Italia la dizione diritto sociale ricorre negli anni del corporativismo fascista e si dissolve nel post-corporativismo. Negli anni della nascita del diritto del lavoro nella democrazia – negli anni in cui in Italia si apre il confronto con la Costituzione e si afferma un paradigma giuslavoristico – è pressoché assente il riferimento alla dizione diritto sociale che si presenta compromessa col corporativismo e con l'enorme mole di studi di diritto corporativo impossibili da porre come presupposto scientifico della disciplina giuslavoristica nella democrazia da edificare. Torna a proporsi la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, la rivendicazione di opposte appartenenze per la disciplina giuslavoristica. Cruciale torna a essere – nella riconquistata libertà sindacale ed entro il quadro di una Costituzione fondata sul lavoro – il tema dell'intervento dello Stato, della relazione tra unità dello Stato e pluralità degli ordinamenti, tra diritto collettivo e il diritto statutale, tra Stato e conflitto tra gruppi organizzati³¹.

L'espressione diritto sociale ricorre nelle pagine di chi guarda con malcelata nostalgia all'assetto corporativo: è ripresa per segnalare un doloroso addio, la sconfitta della terza via sociale, il fallimento dello sforzo congiunto dei giuristi cattolici e socialisti per l'affermazione di un diritto in grado di rilevare il gruppo sociale come tale (di considerare «il cittadino nella sua qualità di componente di un gruppo sociale»), andando oltre i «due ordini soli di rapporti giuridici: cittadino-Stato, privato con o contro privato», ponendo in discussione «il canone sacro dell'autonomia della volontà individuale». Il diritto corporativo, al pari del diritto sociale, era – si afferma – la «concreta e sollecita realizzazione legislativa delle aspirazioni dei nuovi tempi», era l'e-

30 Il diritto sociale è oggettivo ma, tiene a sottolineare Gurvitch, è anche un insieme di diritti soggettivi: l'affermazione è indirizzata a segnare un distacco da Duguit e dalla sua critica – mossa proprio in nome del *droit social* – al diritto soggettivo. Più in generale sul tema è qui sufficiente rinviare al lucido percorso tracciato da Massimo Luciani, *Sui diritti sociali*, «Democrazia e diritto», 34, 4, 1995, pp. 545-576.

31 Pietro Costa, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 21 ss.

spressione del bisogno messo a fuoco da Santi Romano di offrire una risposta alla “crisi dello Stato moderno”³².

Accontentiamoci di questi riferimenti. Le strategie argomentative centrate sul diritto sociale propongono risposte alle contraddizioni dell’uguaglianza felice, disegnano forme del giuridico da scorgere e realizzare oltre il modello ottocentesco di unità del diritto; un modello – ripetono tutti – in crisi. La crisi della modernità nata dalla Rivoluzione, la crisi della società del Codice, del diritto comune “uguale”, rappresenta il tratto unificante del riferimento al diritto sociale. La *pars destruens* del discorso è rivolta contro l’astratta contrapposizione tra individuo e Stato, contro l’assolutismo del contratto e della legge, e propone sul piano delle fonti del diritto una produzione giuridica “autonoma”, legata al pluralismo e alle differenze sociali. Il distacco della dicotomia pubblico/privato è segnato in particolare richiamando “l’anomala” figura del contratto collettivo, il nuovo diritto prodotto dai gruppi, diritto sociale per eccellenza che scardina il tradizionale assetto delle fonti giuridiche.

Le diverse argomentazioni contestano la centralità della legge ma non riescono a farne a meno. A segnare la crisi del diritto uguale c’è l’emersione di una società complessa che esige leggi sociali-speciali e la fine dello Stato minimo, che pretende costruzioni giuridiche attente alle differenze individuali, *status* “creati” dalla legge³³. La richiesta di solidarietà sociale, di un nuovo spirito della giustizia, si presenta come specchio del sociale e nello stesso tempo intende ricomporlo, negando la guerra tra capitale e lavoro, mostrando e negando il conflitto: il diritto sociale prodotto “dal basso” è in continua competizione con il diritto sociale affermato “dall’alto”, proteso a immettere nello Stato-nazione un sociale risanato dalle sue lacerazioni e ricondotto a forzata unità. Il corporativismo fascista riprendeva entro un progetto autoritario fili sottesi a costruzioni giuridiche “sociali” che mostravano una società pluralistica e, nello stesso tempo, esaltavano la forza dello Stato capace di unire la nazione, superando così la vecchia questione sociale con un’unione organica fra autorità dello Stato e pluralità sociale³⁴.

32 Antonio Navarra, *Le speranze (sinora) deluse*, «Rivista di diritto del lavoro», VII, 1955, pp. 139-157.

33 Cfr. Wolfgang Streeck, *Status e contratto nella teoria delle relazioni industriali*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 40, 1988, p. 613 ss.; Guido Alpa, *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993; Giulio Cianferotti, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

34 Cfr. Irene Stolzi, *L’ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell’Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

Negli Stati costituzionali del secondo dopoguerra la relazione tra libertà e rimozione degli ostacoli economico-sociali all'uguaglianza si inserisce entro un nuovo equilibrio tra diritti civili, politici e sociali. Nelle democrazie costituzionali impegnate a preservare le libertà fondamentali negate dagli Stati fascisti e a garantire i diritti sociali muta la rappresentazione della società e il complessivo approccio al tema della disuguaglianza: la lotta contro le disuguaglianze sociali è "promessa" della Costituzione che contrasta lo Stato di diritto inteso come mera difesa dello *status quo* economico-sociale, legando in modo dinamico società e principi del diritto, diritti e dovere di solidarietà, "oltre" le fissità del diritto comune ottocentesco³⁵.

5. Unità del diritto fra prima e seconda crisi dell'uguaglianza

Che cosa resta oggi delle prospettive novecentesche del diritto sociale? Siamo di fronte alla fine delle "tutele/privilegio" generate dalla prima crisi dell'uguaglianza? Al ritorno al diritto "uguale" e all'unità del diritto dell'Ottocento?

Nella seconda crisi dell'uguaglianza, assistiamo a un'attenzione sempre più alta nei confronti delle diversità e a un sempre più ampio affermarsi di disuguaglianze sociali. Queste ultime si presentano come la nuova questione sociale di un mondo globale sempre più uguale e sempre più caratterizzato da uno sviluppo senza precedenti delle disuguaglianze. Ponendo in drammatica opposizione le congiunte ragioni del principio di uguaglianza (il far valere il «valore delle differenze» e «il disvalore delle disuguaglianze», «la tutela delle differenze» e «la riduzione delle disuguaglianze»³⁶), il divario rivela la fragilità dello strumentario giuridico predisposto dagli Stati nazionali per rispondere a un modello di società che pare ora dissolversi³⁷. Nella fine delle

35 Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012; Id., *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

36 Luigi Ferrajoli, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, in Marta Cartabia e Tiziana Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 25-43. Si cfr. Letizia Gianformaggio, *Eguaglianza e differenza sono veramente incompatibili?* (1993), in Ead., *Eguaglianza, donne e diritto* (a cura di Alessandra Facchi, Carla Faralli, Tamar Pitch, Bologna, il Mulino, 2005, pp. 33-61.

37 Alain Touraine, *La fin des sociétés*, Paris, Seuil, 2013; Id., *Pourrons-nous vivre ensemble? Egaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, tr. it. *Libertà, uguaglianza, diversità*, Milano, il Saggiatore, 1998; Luciano Gallino, *Globalizzazione e disuguaglianza*, Roma-Ba-

“grandi politiche” e nella caduta della sovranità degli Stati nazionali l’attenzione crescente per le diversità individuali, l’apprezzamento del valore delle differenze, si accompagna a un’impotente accettazione dell’invincibilità delle disuguaglianze sociali, quasi fossero lo sfondo naturale del paesaggio del mondo globale proteso a proporre un’uguaglianza di tutti affidata alle leggi del mercato.

Le risposte offerte alla crisi dell’uguaglianza ottocentesca appaiono “provvisorie”, “eccezionali”, e il futuro segnato da un ritorno al passato. Indicativo è il caso del diritto del lavoro, il diritto che nel Novecento si è fatto carico del problema delle differenze sociali e, posto a fondamento di assetti costituzionali centrati sulla dignità, è divenuto il perno di un assetto valoriale basato sul nesso tra cittadinanza sociale e lavoro, su una socializzazione basata sull’intreccio indissolubile tra diritti civili, politici e sociali, tra diritti individuali e collettivi³⁸. La “riscoperta dell’individuo” nel diritto del lavoro ha spinto a considerare le tutele come un muro di cinta posto a garantire una soffocante e piatta uniformità giuridica agli “inclusi”³⁹ e, per altro verso, ponendosi dal punto di vista degli “esclusi”, a considerarle come un odio-so privilegio. Il riferimento al diritto di tutti torna così a opporsi alla valorizzazione giuridica delle differenze sociali. Si insiste, in quest’ottica, sulla necessità di configurare «l’eccezione lavoristica» come destinata a scomparire, proponendo un’immagine «provvisoria» del trattamento giuridico delle differenze sociali e dell’intera specialità giuslavoristica: provvisoriamente giustificate dalle asimmetrie e dalle distorsioni del mercato, le tutele sono destinate a venire meno e il diritto “speciale” a far ritorno al diritto comune dei contratti per «restituire» così al lavoratore la prerogativa essenziale della libertà della persona, lo *status* giuridico di maggiorenne, la piena autonomia negoziale. «Il punto di arrivo» del «tortuoso percorso del diritto del lavoro» è, dunque, il diritto comune⁴⁰. Un diritto comune che si presenta immutato

ri, Laterza, 2000; Joseph E. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino, Einaudi, 2013.

38 Cfr. Costa, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell’Italia repubblicana*, cit.; Luigi Mariucci, *Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro*, «Lavoro e Diritto», 2/2015, p. 209 ss.

39 Spiros Simitis, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell’individuo*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 45, 1, 1990, pp. 87-113.

40 Pietro Ichino, *Il tortuoso percorso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in V. Roppo e P. Sirena (a cura di), *Il diritto civile e gli altri*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 39-89. La legislazione sociale, l’azione del sindacato,

nella sua essenza, non trasformato né dai percorsi sociali del Novecento, né dalla promessa costituzionale di «garantire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa»⁴¹.

Il diritto sociale del lavoro, il diritto del lavoro in trasformazione⁴², è ridotto a eccezione, come se il Novecento avesse proposto soltanto una provvisoria frammentazione del giuridico destinata ad essere riassorbita nell'equilibrio 'di sempre' fra diritto e società, come se la crisi della società degli (astrattamente) uguali non avesse prodotto una discontinuità nel modo di intendere la complessiva unitarietà del diritto, come se la «svolta del Novecento giuridico» segnata dalle Costituzioni non avesse affermato il primato della società e l'esigenza di recuperare un diritto attento alla fattualità e alle differenze del sociale⁴³.

Il lascito della nebulosa del “diritto sociale” non può essere relegato a transitoria eccezione del Novecento, secolo breve culminato in un “glorioso trentennio”. Il discorso giuridico sul “diritto sociale” ha il merito di aver assunto la complessità del sociale all'interno della dimensione giuridica, contribuendo a trasformare il ruolo degli interpreti e a mutare l'idea di unità del diritto. Oggi più che mai è necessario che i giuristi si riappropriino di questa consapevolezza. È sicuramente poco per contrastare l'accrescersi delle disuguaglianze sociali nel mondo globale, ma è più di quanto possa offrire un futuro segnato da un mitizzato ritorno alla spietata uguaglianza felice di ieri.

la normativa costituzionale hanno lo scopo di emancipare la persona dalla condizione di debolezza contrattuale nel mercato: la loro «missione storica» è quella di rendere la persona maggiorenne, di «eliminare l'eccezione» e far approdare il diritto del lavoro al diritto comune dei contratti.

41 La prospettiva può essere infatti capovolta considerando i mutamenti del diritto civile verificatisi grazie al diritto del lavoro. Cfr. Luca Nogler, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del “nuovo” diritto civile*, in Pietro Rescigno e Salvatore Mazzamuto (a cura di), *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 365 ss.

42 Cfr. *Diritto sociale del lavoro: presente e futuro. La funzione dei giuristi*, Bari, Cacucci, 2011; Luisa Corazza e Roberto Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, il Mulino, 2014.

43 Cfr. Paolo Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006; Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

Bibliografia

- Ainis Michele, *La piccola eguaglianza*, Torino, Einaudi, 2015;
- Alpa Guido, *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993;
- Castel Robert, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995;
- Cazzetta Giovanni, *Intervento dello Stato e libertà contrattuale fra Otto e Novecento*, «Historia et jus», <<http://www.historiaetius.eu>>, june 2014, paper 2;
- Cazzetta Giovanni, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991;
- Cazzetta Giovanni, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007;
- Cianferotti Giulio, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013;
- Cimbali Enrico, *Le obbligazioni civili, complemento e funzione della vita sociale*, in Id., *Della capacità di contrattare secondo il codice civile e il codice di commercio*, Torino, Utet, 1887, pp. XXXV-LXX;
- Corazza Luisa e Roberto Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, il Mulino, 2014;
- Cornil George, *Du louage de service ou contrat de travail. Étude sur les rapports juridique entre les patrons et les ouvriers employés dans l'industrie*, Paris, Thorin & fils, 1895;
- Costa Pietro, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 21-83;
- Costa Pietro, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. II L'età delle rivoluzioni, 1789-1848*, Roma-Bari, Laterza, 2000;
- Costa Pietro, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo inglese*, Milano, Giuffrè, 1974;
- Dicey Albert Venn, *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth century*, London, Macmillan and Co., 1905;

- Donzelot Jacques, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984;
- Ewald François, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986;
- Ferrajoli Luigi, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, in Marta Cartabia e Tiziana Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 25-43;
- Fiorentino Pietro, *Saggio di un esame critico dei Codici italiani. Sulle disposizioni generali premesse al Codice civile e specialmente su quelle che riguardano il diritto internazionale privato*, Messina, Tip. del commercio, 1869;
- Gabba Bassano, *Trent'anni di legislazione sociale*, Torino, Bocca, 1901;
- Gallino Luciano, *Globalizzazione e disuguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2000;
- Garnier Joseph, *Le droit au travail à l'Assemblée Nationale. Recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion*, Paris, Guillaumin, 1848 ;
- Gianformaggio Letizia, *Eguaglianza e differenza sono veramente incompatibili?* (1993), in Ead., *Eguaglianza, donne e diritto* (a cura di Alessandra Facchi, Carla Faralli, Tamar Pitch), Bologna, il Mulino, 2005, pp. 33-61;
- Glasson Ernest Désiré, *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, Picard, 1886;
- Giugni Gino, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in Id., *Lavoro legge contratti*, Bologna, il Mulino, 1989, pp. 245- 292;
- Granizo Martín, Mariano González Rothvoss, *Derecho social*, Madrid, Editorial Reus, 1935;
- Grossi Paolo, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012;
- Grossi Paolo, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000;
- Grossi Paolo, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006;
- Grossi Paolo, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015;
- Gurvitch Georges, *Le temps présent e l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931;
- Gurvitch Georges, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social*.

- Histoire doctrinale depuis le 17^e siècle jusqu'à la fin du 19^e siècle*, Paris, Sirey, 1932;
- Gurvitch Georges, *La Dichiarazione dei diritti sociali* (a cura di A. Scerbo), Soveria Mannelli, Rubettino 2004;
- Hatzfeld Henri, *Du paupérisme à la Sécurité sociale, 1850-1940*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1989;
- Hepple Bob, *Diritto del lavoro, disuguaglianza e commercio globale*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 93, 2003, I, pp. 27-48;
- Humphrey Marshall Thomas, *Citizenship and social class and other essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950; tr. it. *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di S. Mezzadra, Roma-Bari, Laterza, 2002;
- Ichino Pietro, *Il tortuoso percorso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in V. Roppo e P. Sirena (a cura di), *Il diritto civile e gli altri*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 39-89;
- Kahn-Freund Otto, *A note on status and contract in British labour law*, «The modern law review», 30, 1967, pp. 635-644;
- Luciani Massimo, *Sui diritti sociali*, «Democrazia e diritto», 34, 4, 1995, pp. 545-576;
- Mariucci Luigi, *Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro*, «Lavoro e Diritto», 29/2, 2015, pp. 209-225;
- Menger Anton, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Tübingen, Laupp, 1890; tr. it. di G. Oberoesler: *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*, Torino, Bocca, 1894;
- Modica Isidoro, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione*, Palermo, Reber, 1897;
- Morin Gaston, *La Loi et le Contrat. La décadence de leur souveraineté*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1927;
- Navarra Antonio, *Le speranze (sinora) deluse*, «Rivista di diritto del lavoro», VII, 1955, pp. 139-157;
- Nogler Luca, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, in Pietro Rescigno e Salvatore Mazzamuto (a cura di), *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 365-404;

- Pérez Botija Eugenio, *El derecho del trabajo. Concepto, substantividad y relaciones con las restantes disciplinas jurídicas*, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1947;
- Procacci Giovanna, *Governare la povertà. La società liberale e la nascita della questione sociale*, Bologna, il Mulino, 1998;
- Rodotà Stefano, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012;
- Rodotà Stefano, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014;
- Rosanvallon Pierre, *La société des égaux*, Paris, Seuil, 2011; tr. it. *La società dell'eguaglianza*, Roma, Castelvecchi, 2013;
- Scelles George, *Le Droit ouvrier: tableau de législation Française actuelle*, Paris, Colin, 1922;
- Simitis Spiros, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 45, 1, 1990, pp. 87-113;
- Simitis Spiros, *La legge Le Chapelier tra storia e attualità*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 48, 4, 1990, pp. 743-767;
- Simitis Spiros, *Diritto privato e diseguaglianza sociale: il caso del rapporto di lavoro*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 89, 1, 2001, pp. 47-66;
- Sinzheimer Hugo, *Die Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses* (1928), in Id., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*, Frankfurt a. M.–Köln, Europäische Verlagsanstalt, 1976, pp. 115-134;
- Steinfeld Robert J., *Coercion, Contract and Free labour in the Nineteenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001;
- Stiglitz Joseph E., *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino, Einaudi, 2013;
- Stolzi Irene, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007;
- Streeck Wolfgang, *Status e contratto nella teoria delle relazioni industriali*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 40, 1988, pp. 613-719;
- Touraine Alain, *La fin des sociétés*, Paris, Seuil, 2013;
- Touraine Alain, *Pourrons-nous vivre ensemble? Egaux et différents*, Paris,

Fayard, 1997; tr. it. *Libertà, uguaglianza, diversità*, Milano, il Saggiatore, 1998;

Verkindt Pierre-Yves et Laëtitia Nonnard-Plancke, *La réception de la «question sociale» par la doctrine juridique civiliste en tournant du siècle*, in Jean Pierre Le Crom (ed.), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes, PUR, 2004, pp. 19-27.

LA COSTRUZIONE GIURIDICA DELLA DIVERSITÀ.
PER UN DIALOGO TRA ANTROPOLOGIA E DIRITTO
A PARTIRE DAL PROSPETTIVISMO MULTINATURALISTA

Juliana Neuenschwander Magalhães

Nell'immaginare un dialogo tra diritto e antropologia, anzitutto pensiamo alle possibilità di osservazione delle pratiche quotidiane del diritto, da svolgere attraverso un percorso etnografico o, ancora, alle incursioni che le teorie sul multiculturalismo degli ultimi trent'anni hanno effettuato sulle nozioni antropologiche di cultura o di diversità culturale. La comprensione del diritto come pratica culturale appare inoltre un problema rilevante anche per la filosofia e la teoria del diritto.

Non sempre, però, ci rendiamo conto che, dietro la concezione moderna di diritto, s'incontra una certa antropologia, data sempre per scontata, ovvero una "immagine" di uomo, che implica una concezione di umanità degli uomini. Mi riferisco in particolare alla semantica moderna dei diritti umani, soggiacente ad una considerazione della *natura dell'uomo* che identifica questa come "la natura" propria dei diritti.

In questo saggio intendo mostrare le conseguenze paradossali che tale antropologia *naturalistica* ha prodotto sulla costruzione dei diritti degli indios, in particolare nel caso brasiliano, con l'intento di comprendere il nesso tra questa antropologia *popolare* e la formulazione dei diritti degli indios. Vorrei poi esplorare le possibilità di collocare, alla base di tali costruzioni, una diversa antropologia, quella descritta da Eduardo Viveiros de Castro come *multinaturalista*.

Tale altra antropologia, che possiamo anche considerare un'*antropologia dell'altro*, implica non solo l'assunzione della prospettiva che gli indios hanno di se stessi e dell'umanità (la prospettiva dell'indio nell'uso antropologico più classico), ma anche mettere in discussione una prospettiva *per* l'indio: «infatti, l'antropologia non può accontentarsi di descrivere minuziosamente "il punto di vista del nativo" (Malinowski) per individuare i suoi punti deboli, cercando in tal modo di includere nella migliore tradizione critica, questo punto di vista, nel punto di vista dell'osservatore». Il compito che tale altra antropologia contrappone agli obiettivi più tradizionali della disciplina, come vedremo, è invece quello di scoprire «quale è il punto di vista del nativo», ossia ciò che essi intendono come *punto di vista*¹.

1 Eduardo Viveiros de Castro, *Metafísicas Canibais — elementos para uma antropologia pós-estrutural*, São Paulo, Cosac Naify, 2015, p. 72.

Tale proposta è presentata e svolta nell'opera di Eduardo Viveiros de Castro; Egli propone, come centro della sua antropologia i concetti di *prospettivismo amerindio* e di *multinaturalismo*. Nelle parole di Viveiros de Castro, il prospettivismo amerindio è una struttura intellettuale che contiene una teoria della sua stessa descrizione per l'antropologia – infatti essa è una *antropologia altra*, «una contro-antropologia che si pone trasversalmente alla nostra» ².

La mia intenzione non è, ovviamente, quella di sovvertire la nozione di diritti umani nè tantomeno di imporre una cosmovisione amerindia a quella europea, in una sorta di inversione di gerarchie. Si tratta piuttosto di un tentativo di mettere da parte le gerarchie nella adozione stessa di un determinato punto di vista, per osservare semplicemente le differenze tra le prospettive del *naturalismo* e del *multinaturalismo* e i loro riflessi nella costruzione dei diritti umani.

Osservare queste variazioni renderà possibile riconoscere la parzialità e l'artificialità delle nostre visioni del mondo che, per secoli, sono state imposte ai popoli indigeni, con la giustificazione di proteggerli. E ciò nel completo disconoscimento del significato che l'imposizione della nostra cosmovisione possa avere per gli indios, che alla fine sarebbero nient'altro che i destinatari dei "diritti" da noi inventati. In verità, l'idea di diritti umani nasconde il fatto che concepiamo diritti non per gli indios, ma per noi stessi e per la nostra necessità di "occidentali" di gestire, in condizioni di "uguaglianza", la diversità di fronte alla quale essi ci pongono per il fatto stesso di esistere.

Possiamo, però, andare ancora oltre e immaginare che l'evidenza del carattere contingente della nostra cosmologia sia capace di mettere sotto scacco la stessa semantica moderna dei diritti umani. Possiamo anche dire che l'osservazione di tali "differenze", nel suo insieme, probabilmente è capace di disvelare il carattere paradossale della stessa nozione di diritti umani ³. Questa, come vedremo, è, in effetti, la nostra ipotesi centrale in questo saggio.

² Ibidem.

³ L'argomento del carattere paradossale dei diritti umani è stato ricorrente negli ultimi anni. Cfr. Niklas Luhmann, *Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung*, in Id., *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1995; Juliana Neuenschwander Magalhães, *O Paradoxo dos Direitos Humanos*, «Revista da Faculdade de Direito da UFPR», 52, 2010, pp. 31- 48; Costas Douzinas, *Os Paradoxos dos Direitos Humanos*, «Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos/UFG», 1, 1, 2011, pp. 31-48 (trad. brasileira). Torneremo su questo problema del paradosso dei diritti umani nelle pagine conclusive.

1. *L'antropologia naturalistica alla base della formazione della nozione di diritti (umani) degli indios*

1.1. *Dall'idea di humanitas alla idea di natura umana*

La nozione di diritti umani è il risultato di un lungo percorso semantico, che può essere accompagnato considerando la parola “umanità” (*humanitas*) come un “fossile guida”, o come concetto storico, nel senso che Reinhart Koselleck ⁴ e poi Niklas Luhmann danno a questo termine ⁵.

Quando la parola *humanitas* emerge nell'antica Roma, essa serve a permettere l'inclusione dei romani, come popolo “colto”, nella antica distinzione greca tra greci e barbari, distinzione nella quale i primi erano indicati come educati e istruiti, mentre i barbari erano coloro che balbettavano. La nozione di *humanitas* ha consentito che anche i romani potessero collocarsi allo stesso livello dei greci, sempre in opposizione ai barbari. In questo senso *humanitas* è un termine qualitativo, che permette di distinguere gli inclusi dagli esclusi.

La differenza greco/barbaro, occultata dai romani nella nozione di *humanitas* è rimasta, nel lungo periodo, venendo reinterpretata in relazione ad altre differenze (cristiano/pagano, nobile/plebeo, cittadino/suddito) e in questo percorso, nel Medio Evo ha funzionato come una forma di auto-identificazione della cristianità e della nobiltà, ma anche, come un meccanismo di esclusione e di gerarchizzazione sociale. Nella logica della stratificazione vi erano delle creature più prossime a Dio (gli angeli, i santi, il clero, i nobili) e altre più distanti (i più poveri). In quel contesto la distinzione capace di costruire strati sociali fu quella tra *divinitas* e *humanitas*, nella quale il lato *humanitas* assumeva una valenza negativa, data la condizione “decaduta” della stessa natura umana ⁶.

Nel rinascimento, la nozione di umanità recuperò la sua dignità e l'antica differenza tra umano e barbaro fu ricostruita (o nuovamente occultata) sulla base della nozione di *uomo universale*. L'idea di un uomo universale elaborata nel

4 Cfr. Reinhart Koselleck, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1979; tr. *Futuro Pasado. Para una Semântica de los Tempos Históricos*. Barcelona, Buenos Aires e México, Ediciones Paidós, 1993.

5 Come spiega Niklas Luhmann, *Essays on Self Reference*, New York, Columbia University Press, 1990, p. 168, i concetti storici sono concetti che fanno la differenza nella storia; ciò non significa dire che solo i concetti che sorgono storicamente «fanno differenza nella storia», ma significa, soprattutto, che tale differenza è parte del suo significato.

6 Su questo sia permesso il rinvio a Juliana Neuenschwander Magalhães, *A Formação do Conceito de Direitos Humanos*. Curitiba, Juruá, 2013, in partic. pp. 35-146.

secolo XV per autori come Alberti⁷ e Castiglione⁸ riuniva in sé le virtù e le caratteristiche della retorica umanista, indicate come cortesia, umanità o, anche, *graziosa umanità*.

Nei secoli XVI e XVII, la descrizione di nobiltà ha incorporato le caratteristiche dell'uomo universale del rinascimento, come *onestà*, *civiltà*, *cortesia* e *umanità* (qui dunque in un senso qualitativo), che sono state anche formalizzate normativamente dalla struttura aristocratica della società. Nella struttura delle Corti, solo il cortigiano meritava essere veramente considerato un "uomo"⁹.

In tal modo, quando, tra la fine del secolo XV e il secolo XVI gli europei arriveranno nel Nuovo Mondo e si confronteranno con i milioni di indios che abitavano queste terre (le stime variano tra due a cinque milioni di indios)¹⁰, un problema immediato - con forti conseguenze giuridiche, politiche e naturalmente anche economiche - era sapere se gli indios erano umani (come gli europei) o no; se erano "persone" o se, come "selvaggi", potevano essere assimilati agli antichi barbari.

L'antica differenza tra umano e barbaro, pertanto, finì per essere reinterpretata come la differenza tra l'*uomo universale* europeo e il *selvaggio* del Nuovo Mondo. Così, tra i secoli XVI e XVII, l'utilizzazione del termine "selvaggio" per i popoli nativi acquisiva un uso equivalente a quello della parola barbaro nell'antichità, con la funzione di indicare il lato negativo di una differenza tra umano/selvaggio. Tale differenza, in un contesto nel quale il mondo era conosciuto attraverso la religione, una volta di più riproduceva la differenza tra cristiano e non cristiano, con la novità che in quel momento i non cristiani non erano i pagani antichi o anche gli eretici, ma quelle creature selvagge ancora "*non cristianizzate*".

In tal modo si poneva la questione di stabilire una differenza non tanto tra europei e indios, quanto piuttosto di indagare la condizione umana dell'indio, ossia, occorre sapere se gli indios possedevano un'anima o meno. Si trattava di differenziare gli indios, in quanto barbari, da altri barbari; si trattava di distin-

7 Leon Battista Alberti, *Opere*, Firenze, J. C. Sansoni, 1890.

8 Baldassarre Castiglione, *Il libro del Cortigiano*, a cura di Giulio Preti, Einaudi, Torino 1965.

9 «der grösste Teil der Menschen nur halbe Menschen sind/ dieweil sie bei Hofe gar senten/oder auch wohl niemalen gewesen»: Johannes Rist, *Das Aller Edelste Leben der gantzen Welt*. Hambourg, 1663, citato in Otto Brunner, Werner Conze, Reinhart Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politischen-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1978, Band 4, p. 1074.

10 Cf. Marta Maria Azevedo, *Diagnóstico da População Indígena no Brasil*, «Ciência e Cultura», 60, 2008, p. 4.

guere i nuovi barbari dagli antichi. Era un problema sociale di grande rilevanza (politica ed economica soprattutto), che si presentava come una disputa religiosa, perché tutto si risolveva nel posizionamento degli indios nella scala degli esseri, se più vicini o più lontani da Dio, per poi di conseguenza valutare se i “selvaggi”, come nel frattempo erano chiamati, una volta riconosciuto che avessero un’anima, potessero essere spossessati delle loro terre.

In un certo senso questo problema trovò soluzione nella bolla papale *Sublimis Dei* del 1537; in essa gli indios vengono descritti come «homines fides catholicae e sacramentorum capaces»¹¹. Nonostante la bolla papale, però, la questione resta aperta, come possiamo osservare nel dibattito sulla riforma della missione in Brasile progettata dal Frate Manuel da Nóbrega e da José de Anchieta e posta in essere a partire dal 1556. Nel *Diálogo sobre a Conversão do Gentio*, Nóbrega illustra un dialogo tra Gonçalo Alvarez e il gesuita Matheus Nogueira, nel quale il primo chiede al secondo se «questa popolazione» (gli indios) sia «prossima» (nel senso di somigliante) ossia tenga un’anima:

«Nogueira: –... *Estou eu imaginando todas as almas dos homens serem humanas e todas de hum metal, feitas à imagem e semelhança de Deus, e todas capazes de glória e criadas para ella; e tanto val diante de Deus por natureza a alma do Papa, como a alma do vosso escravo Papaná.*

Gonçalo Alvarez – *Estes tem alma como nós?*

Nogueira: – *Isso está claro, pois a alma tem tres potenciais, entendimento, memoria, vontade, que todos tem. (...) Quero-vos dar hum desengano, meu Irmão Gonçalo Alvarez: que tão ruim entendimento tende vós para entender ho que vos queira dizer, como este gentio pera entender as outras cousas da nossa fé»*¹².

La “scarsa comprensione” degli indios per le “questioni di fede”, messo in evidenza dal Nogueira citato da Manuel Nóbrega, è anche menzionato più tardi da Antônio Vieira nell’opera *Sermão do Espírito Santo* del 1657, nella comparazione che fa tra le statue di marmo e di mirto che adornano i palazzi dei principi, per evidenziare le differenze tra le “nazioni” nella dottrina della fede. Per Vieira, al contrario di alcune popolazioni che sono come le statue di marmo e si lasciano plasmare dalla dottrina della fede, quelle degli indios in Brasile sono come statue di mirto che «nel momento in cui il giardiniere solleva la mano e le forbici,

11 Citato in Brunner, Conze, Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., Band 4, p. 1075.

12 Manuel da Nóbrega, *Diálogo sobre a Conversão do Gentio*, in José Eisenberg, *As Missões Jesuíticas e o Pensamento Político Moderno. Encontros Culturais, Aventuras Teóricas*, Belo Horizonte, UFMG, 2000, p. 100.

perdono la nuova figura e tornano alla bruttezza antica e naturale, per essere un cespuglio come prima erano»¹³. A partire da questo passo di Vieira Eduardo Viveiros de Castro ha scritto pagine bellissime riguardo alla *incostanza dell'anima selvaggia*.

L'umanità degli indios risultava in tal modo collegata a una condizione umana socialmente costruita attraverso la religione, relazionata a presupposti teologici e, progressivamente, anche giuridici e politici. La percezione degli indios come potenziali cristiani stava alla base della relazione che gli spagnoli e i portoghesi pretendevano intrecciare con loro, non appena sbarcati nel Nuovo Mondo. Come è noto, tale relazione passava per la necessità di conquista e dominio delle terre abitate dagli indios.

La discussione nel contesto dei pensatori spagnoli e portoghesi proseguì lungo il secolo XVI, ancora guidato dalla religione e, soprattutto, dalla necessità di fondare su presupposti giuridico-religiosi il dominio sugli indigeni e le loro terre. In questo periodo si verifica un dislocamento di argomenti metafisici e religiosi tradizionali, nella direzione di una nuova concezione dell'uomo, fondata su criteri fisici e naturalistici, descritti come base per la costruzione di una concezione morale della società politica e del suo diritto.

Francisco de Vitoria segnala bene tale transizione, nel menzionare che la mancanza di fede non elimina né il diritto naturale né quello umano (inteso qui come sinonimo di quello che oggi chiamiamo "diritto positivo"). L'assenza di fede non interesserebbe il dominio e, per questa ragione, nessun non cristiano, sia egli un musulmano o giudeo, potrebbe essere privato dei suoi beni senza che ciò venga a costituire una rapina, così come nel caso dei cristiani¹⁴.

13 Il bel passo di Vieira, citato da Eduardo Viveiros de Castro, *A inconstância da Alma Selvagem*, São Paulo, Cosac Naify, 2002, pp. 183-184, merita di essere riprodotto: «Há umas nações naturalmente duras, tenazes e constantes, as quais dificultosamente recebem a fé e deixam os erros de seus antepassados [...], dão trabalho até se renderem; mas, uma vez rendidas, uma vez que receberam a fé, ficam nela firmes e constantes, como estátuas de mármore: não é necessário trabalhar mais com elas. Há outras nações, pelo contrário – e estas são as do Brasil – que recebem tudo o que lhes ensinam com grande docilidade e facilidade, sem argumentar, sem replicar, sem duvidas, sem resistir; mas são estátuas de murta que, em levantando a mão e a tesoura do jardineiro, logo perdem a nova figura, e tornam à bruteza antiga e natural, a ser mato como dantes eram».

14 «[...] la fe no quita el derecho natural ni el humano, luego la falta de fe no afecta a ningún dominio [...] Por todo ello, es claro que no es lícito despojar de sus bienes, ni a los mulsumanes, ni a los judíos, ni a los otros infieles por ese hecho de ser infieles. Indubablemente, sería un robo o rapiña no menor que si hace a los cristianos». Francisco de

In modo innovativo, Vitoria affermò che anche i barbari hanno diritti e il riconoscimento di tali diritti dallo *ius gentium*. Quest'ultimo ha come base quello che Vitoria chiama «socialità e comunicazione naturale», fondata nella regola cristiana del dovere di amare il prossimo ¹⁵.

Dopo aver confutato gli argomenti tradizionali, Vittoria ha ricostruito, sulla base del precetto cristiano della somiglianza e dell'uguaglianza, la differenza tra gli indios e gli europei, differenza nella quale, ovviamente, gli europei rappresentavano il lato positivo. Se gli indios erano i proprietari originari delle terre recentemente scoperte, certamente erano dotati di ragione, e questo li distingueva dagli animali, che «non esercitano un dominio su se stessi e dunque ancora meno sulle cose» ¹⁶. L'essenziale in un uomo è la ragione, diceva Vitoria (seguendo Tomaso d'Aquino).

Questo, tuttavia, non significava che gli indios fossero razionali nel medesimo modo dei cristiani. È molto interessante osservare, qui, come una descrizione antropologica degli indios si produca a partire da un etnocentrismo europeo. Vitoria comparava (e con questo marcava la differenza) gli indios ai bambini o ai dementi ¹⁷: gli indios sono come bambini «di fronte all'uso della ragione», poichè anch'essi possono essere proprietari («il fondamento del *dominium* è l'immagine di Dio. Questa c'è nei bambini, dunque essi sono proprietari» ¹⁸).

Gli spagnoli, dal canto loro, rappresentano la civiltà; sono come i tutori. Sanno ciò che è il bene e hanno il compito di insegnarlo agli indios (giustificando, così, le missioni in America, a titolo di catechesi degli indios) ¹⁹. Gli indios non hanno una nobiltà nel senso aristotelico e tomista del termine – il che significa che essi

Vitoria, *De Indis*, 1532; tr. *Doctrina sobre los indios*, Salamanca, Editorial San Esteban, 1989, p. 66.

¹⁵ «Todo animal ama a su semejante [...] la amistad hacia todos los hombres es de derecho natural y que es contra la naturaleza evitar la compañía de los hombres pacíficos» e, también (em sentido oposto ao posterior pensamento hobbesiano) «es contra el derecho natural que el hombre se aparte del hombre sin una causa, pues el hombre no es un lobo para el hombre, como dice Ovidio, sino hombre». Ivi, p. 95.

¹⁶ Ivi, p. 72.

¹⁷ La difficoltà ad affrontare il tema ancora persiste, a distanza di quasi cinquecento anni. Il Codice civile brasiliano ha delegato la materia alla legislazione speciale mentre quello precedente (le cui direttrici sono state incorporate nell' *Estatuto do Índio* in vigore (Legge n. 6001, del 19 dicembre 1973) li definiva come relativamente incapaci.

¹⁸ Vitoria, *Doctrina sobre los indios*, cit., p. 66.

¹⁹ «[...] hasta sin la autoridad del Papa, pueden los españoles apartar a los indios de toda nefasta costumbre, porque pueden defender al inocente de la muerte injusta». Ivi, p. 102.

non possono avere una vita di *optimum*, e pertanto devono essere consegnati a gente più saggia per la loro tutela ²⁰. Il governo spagnolo sugli indios, secondo questa visione, si fondava sul precetto della carità (non coinvolgendo, per principio la coercizione), dato che la sua giustificazione era data esattamente dalla condizione di somiglianza tra spagnoli e indios, per cui ogni limitazione imposta agli indios dagli spagnoli si intendeva data in vista del loro bene ²¹. La posizione d'inferiorità si giustificava in tal modo attraverso la nozione di "incivilimento" e la considerazione dell'uomo europeo come paradigma dell'uomo civilizzato ²².

Mentre Vitoria e altri come Domingo de Soto, spiegavano che gli indios erano come bambini che non avevano raggiunto l'età della ragione, le norme giuridiche, sulla base di tale antropologia, attribuivano alla Chiesa e, più specificamente alle missioni dei Gesuiti, il compito di tutelarli e cristianizzarli, facendo così del paradigma dell'assimilazione il modello di trattamento giuridico degli indios²³.

In una certa misura le idee di Francisco de Vitoria annunciavano anche le trasformazioni di senso che la stessa nozione di "umanità" iniziava a conoscere. Più avanti, tra i secoli XVII e XVIII, essa oramai si sarebbe identificata come nozione indicante la natura umana, qualcosa naturale e comune a tutti gli uomini e non più acquisito attraverso l'educazione e la religione. Tale alterazione del senso del concetto di umanità fece sì che, progressivamente, esso venisse a indicare qualità non solo fisiche o spirituali dell'uomo in quanto tale, ma anche facoltà giuridiche in quanto espressione della sua propria "natura umana".

Già nel Cinquecento, ma soprattutto nei secoli seguenti, gli uomini vengono descritti come creature razionali e, pertanto, soggetti di doveri e diritti. Gli indios, in questo contesto, continuano ad essere visti anche come creature razio-

20 «Indian communities, he now claimed, possessed only the minimal requirements for social life [...] Theirs were societies in which no true nobilitas – in the Aristotelian and Thomist sense of the word – could exist and in which it would therefore be impossible to live a life of true optium». Anthony Pagden, *Dispossessing the Barbarian*, in: Id. (Org.), *The Languages of Political Theory in Early Modern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, p. 85.

21 Vitoria, *Doctrina sobre los indios*, cit., p. 105.

22 Anche Domingo de Soto, nel 1556, ha comparato il problema degli indios alla situazione dei bambini che non avevano ancora raggiunto l'età della ragione. Soto definiva il *dominium* come una facoltà o un diritto (*facultas et ius*) che qualcuno tiene su una cosa, utilizzandola a suo proprio beneficio, nei modi previsti dalla legge. Si veda in proposito Anthony Pagden, *Dispossessing the Barbarian*, cit., p. 81.

23 Cfr. Paulo Thadeu Gomes da Silva, *Os Direitos dos Indios. Fundamentalidade, Paradoxos e Colonialidad*, São Paulo, Editora Café com Lei, 2015, p. 34.

nali, anche se non così tanto razionali. Nella seconda metà del secolo XVII, Padre Antonio Vieira si avvicina alle tesi di Vitoria e delle concezioni moderne dei diritti naturali nell'evidenziare che gli indios, fin quando godono del «diritto e privilegio dei minori», non possono essere schiavi volontari, poiché la loro volontà «non deve essere portata al punto di pregiudicarne la libertà». Avvicinandosi a quello che avrebbe poi detto John Locke riguardo alla libertà come diritto umano, Vieira asserisce che «posto che delle volte è costume tollerare il patto perpetuo di prestare lavoro, è comunque invalido il patto che implichi la privazione perpetua della libertà»²⁴. Il pensiero di Vieira, così come quello dei discepoli di Vitoria, come Mariana o Molina, era certamente sottomesso ai presupposti tradizionali, fondati religiosamente, ma già evocava una natura umana che rimetteva alla nozione di «diritti».

È bene notare che, mentre si afferma un'antropologia naturalistica (fondata sull'idea di universalità della natura) come base nella quale si forgia una visione antropocentrica della società, la «questione degli indios» resta filosofica e antropologicamente risolta dai gesuiti dei secoli XVI-XVII, seppure ancora sotto una prospettiva esclusivamente religiosa. Questa soluzione, è notorio, ha costituito una politica di conversione degli «idolatri». La maniera di gestire l'alterità e la differenza è stata non solo cercare di identificare una prossimità, una somiglianza, ma anche forzare (in senso letterale) questa somiglianza.

Come spiega l'antropologa Manuela Carneiro da Cunha, i gesuiti, come buoni «gestori di anime, non si preoccupavano della critica virtuale che la differenza può introdurre, e insieme dello statuto da assegnare a chi, inversamente, appare somigliante»²⁵. Tale statuto partiva dalla somiglianza per stabilire disuguaglianza e gerarchia, attribuendo all'indio una posizione di inferiorità che si giustificava, pertanto, attraverso la nozione di incivilimento e della collocazione dell'uomo europeo come paradigma dell'uomo civilizzato. Una visione che, seppure evocasse i presupposti di una razionalità moderna, permaneva perfettamente coerente e compatibile con i postulati aristotelici e tomisti della gerarchia degli esseri viventi²⁶.

²⁴ Antonio Vieira, *Obras Escolhidas*, in José Eisenberg, *As Missões Jesuíticas*, cit., p. 165.

²⁵ Manuela Carneiro da Cunha, *Indios no Brasil: História, Direito e Cidadania*, São Paulo, Editora Claroenigma, 2012, p. 41.

²⁶ Cfr. Juliana Neuenschwander Magalhães, *Diversidade Cultural e Justiça de Transição (os Casos de Perseguição aos Índios durante a Ditadura Militar e a Transição Política no Brasil)*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, 2015, p. 1142.

L'operazione si ripete, più tardi, anche in autori che già meritano di essere considerati pienamente "moderni", nei quali l'affermazione di una dignità propriamente umana, non avrebbe portato all'abolizione di ogni forma di differenza o gerarchia tra uomini. È questo il caso, niente di meno che, di Immanuel Kant. Per Kant l'uomo è una creatura distinta da tutte le altre, perché «l'umanità è essa stessa una dignità», il che fa dell'uomo una creatura «che si eleva su tutti gli altri esseri viventi del mondo che non sono uomini»²⁷. Tale dignità propria dell'uomo, tale natura umana, è una qualità morale che lo distingue dagli altri animali, presentandosi anche come una facoltà giuridica; gli uomini sono un fine in sé stesso, dice Kant, un essere dotato di libertà di volere e di agire.

Questa, che è divenuta la nostra «antropologia popolare», dunque, osserva Eduardo Viveiros de Castro, presuppone la condizione animale come una condizione comune, essendoci qualcosa di «di supplementare» negli uomini, che ci distingue dagli altri animali. Questa nostra antropologia «vede l'umanità come eretta su fondazioni animali»²⁸, occultati da nozioni come anima, *politesse*, civilizzazione, cultura. Tale antropologia può essere descritta come una comprensione naturalistica dell'uomo (e non più religiosa), secondo la quale gli uomini sono animali come tutti gli altri animali, tuttavia dotati di qualità che gli conferiscono una dignità propria.

Tale antropologia *naturalistica* della modernità termina con l'identificare l'idea di natura universale dell'uomo come un *nuovo uomo universale* europeo e la impone alla totalità degli uomini come un medesimo modello culturale: alla fine sembra essere il modello stesso a conferire una speciale dignità all'uomo. Nella cosmologia occidentale si stabilisce un nesso e al tempo stesso una progressiva tensione tra le nozioni di natura e cultura. Conseguentemente, ha osservato Terry Eagleton, «gli esseri umani non sono meri prodotti del loro ambiente, ma anche questi ambienti non sono pura argilla per un arbitrario auto-modellamento da parte di quelli»²⁹.

L'idea di natura, in questa antropologia, prima che indicare uno stato originario e puro, passa a promuovere una natura *coltivata*, approssimandosi alla nozione di *cultura* e questa, a sua volta, a quella di *incivilimento*. Paradossalmente, ciò che si indica come "natura umana" è una natura coltivata e civilizzata, e non una natura di "rustici". Tale identificazione tra natura, cultura e incivilimento riflette lo spirito generale dell'illuminismo.

27 Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797; tr. *Metafísica dos Costumes*, Lisboa, Calouste Gulbenkin, 2005, p. 413.

28 Viveiros de Castro, *A Inconstância Da Alma Selvagem*, cit., p. 356.

29 Terry Eagleton, *A Ideia de Cultura*, São Paulo, Editora Unesp, 2011, p. 14

È sotto l'influenza di questa idea e del pensiero illuministico nell'educazione vista come civilizzazione, come forma di perfezionamento dell'uomo, che fu creato in Brasile nel 1757 il *Diretório dos Índios* (abolito poi nel 1798). Lo spirito generale del *Diretório* era la convinzione che il compito di civilizzare gli indios, dato che essi restavano in una condizione di barbarità, doveva essere trasferito alla Chiesa. Il *Diretório dos Índios* prevedette la istituzione di scuole ad hoc per gli indios, dove fosse insegnata la lingua portoghese, stabilendo che gli indios vivessero in case costruite alla maniera di quelle abitate dai bianchi sostituendo il termine "*aldeias*" (villaggi) con "*vilas*" (paesi). Anche questa era una forma di «assimilazione fisica e sociale degli indios al resto della popolazione», che cancellava l'isolamento in cui i gesuiti avevano mantenuto gli indios nelle loro missioni e riproduceva un paradigma di assimilazione, che sarebbe durato fino al secolo XX³⁰.

1.2. *Natura umana, uguaglianza naturale degli uomini e produzione delle disuguaglianze*

La visione *naturalizzata* dell'uomo e della sua *natura umana*, se vista da vicino, si rivela come molto complessa e anche problematica e ciò tanto dal punto di vista antropologico quanto dal punto di vista filosofico, soprattutto se consideriamo le conseguenze giuridiche e politiche a cui conduce.

Dal punto di vista antropologico questa concezione finisce per connettere l'umanità a una nozione di cultura come incivilimento (o a disconnetterla da qualsiasi altra concezione di cultura, se consideriamo il senso contemporaneo del termine) e imporre, alla totalità del genere umano, uno stesso modello di cultura, cioè quello coltivato nel continente europeo. Si tratta di un'antropologia antropocentrica nella quale l'uomo da creatura passa a creatore, afferma Viveiros de Castro.

La nozione di natura umana, dunque, finisce per implicare, in verità, la naturalizzazione di una certa cultura umana e una conseguente imposizione di tale modello ad altre forme di vita e culture umane. In un senso simile, Terry Eagleton parla di auto-modellamento dell'uomo - «noi ci assimiliamo alla natura, visto che, come essa, dobbiamo essere forzosamente modellati, ma ci distinguiamo da quella una volta che possiamo fare questo a noi stessi, introducendo così nel mondo un grado di autoreferenzialità al quale il resto della natura non può aspirare». Al tempo stesso Egli aggiunge che «la stessa necessità di cultura sug-

30 Carneiro da Cunha, *Índios no Brasil*, cit., p. 75.

gerisce che è mancato qualcosa nella natura – che la nostra capacità di ascendere alle altezze oltre a quella dei nostri pari nello stato di natura, o altri animali, è necessaria perché la nostra condizione naturale è anche molto più “naturale” di quella loro»³¹.

Una tale antropologia appare non meno problematica dal punto di vista filosofico-giuridico. La nozione di diritti umani come espressione della natura dell'uomo, di una dignità propria dell'uomo che lo distingue agli altri animali, come già detto, è stata pienamente svolta dagli autori della fine del XVII secolo e del XVIII secolo come Locke, Rousseau e Kant. Seppure questi autori variano nel modo con cui descrivono la natura umana e i suoi correlati diritti, ciò che qui si vorrebbe sottolineare è che, alla base delle loro concezioni sulla società, lo Stato e i diritti degli uomini riposa una certa antropologia. È avendo questa come base, che si è costruito il discorso dell'uguaglianza come una condizione naturale dell'uomo, il cui svolgimento certo sarà diverso nei diversi autori, così come sarà differente lo svolgimento dato all'uguaglianza *naturale* degli uomini. In tal modo la nozione di natura umana presente in ogni uomo in quanto tale, solo *apparentemente* omologa gli uomini come portatori di diritti umani, in verità fa *tabula rasa* delle loro differenze culturali e geografiche che, tuttavia continuano ad esistere. Ciò che accadrà è che queste differenze andranno a riapparire sotto il discorso omogeneizzante dell'uguaglianza.

Si consideri ad esempio che l'idea di uguaglianza tra gli illuministi e i fondatori della moderna concezione dei diritti dell'uomo, non sempre contemplava un'uguaglianza tra i popoli europei e quelli non europei. Anche in autori che già meritano di essere pienamente chiamati “moderni”, come Kant, l'affermazione di una dignità propriamente umana, non risultò nell'abolizione di qualsiasi forma di differenza o gerarchia tra uomini. Sergio Costa opportunamente ci ricorda che «questi autori stabiliscono una linea di demarcazione tra l'uomo dell'illuminismo e quello che si costruisce come suo opposto, gli abitanti delle altre regioni, venendo essi definiti a partire da come sono i veri destinatari dei diritti umani»³².

Costa ricorda il passaggio di Kant nella *Physische geographie* del 1802, come ben esemplificativo dei paradossi di quel tempo e della stessa riflessione kantiana sui diritti dell'uomo:

«Nos países quentes, o homem amadurece, em todas as suas partes, mais cedo, não atinge contudo, a completude das zonas temperadas. A humanidade apresenta-se em sua

31 Eagleton, *A Ideia de Cultura*, cit., p. 15-16.

32 Sergio Costa, *Dois Atlânticos*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2006, p. 41.

maior completude na raça dos brancos. Os indígenas amarelos têm um talento limitado. Os negros encontram-se mais abaixo e mais abaixo de todos encontra-se parte dos povos americanos»³³.

In questo passo si percepisce chiaramente come, nonostante la sua natura sia presupposta come universale, gli uomini possono differenziarsi per il semplice fatto di essere nati e cresciuti in ragioni più calde o fredde. Non si può dire tuttavia che tali costruzioni non siano coerenti con l'antropologia naturalistica della modernità: nel momento in cui sono le referenze naturali a costituire il fondamento di un diritto universale all'uguaglianza, è anche basandosi su criteri naturali (la naturalizzazione delle differenze sociali), che si permette di rientrare dalla *diseguaglianza* all'uguaglianza.

La filosofia illuminista dei diritti naturali dell'uomo può apparire emancipatoria (e di fatto lo è), perché, immaginandolo come un essere universalmente libero e uguale, lo rafforza, nella sua dignità, della capacità di volere e di agire. Tuttavia basta un'osservazione attenta della realtà sociale e una lettura accorta degli stessi testi, per vedere che, nello svolgimento della tesi dell'universalità della natura umana, i presupposti naturali dei diritti e dell'uguaglianza permettono l'introduzione di fattori di diseguaglianza, anche "naturale" tra gli uomini. Di conseguenza essi sono considerati universalmente uguali e detentori di diritti naturali, ad eccezione, *antropologicamente e giuridicamente fondata*, delle donne, dei neri, degli indios, degli ebrei, dei migranti e di tutti i tipi di "nuovi barbari".

La semantica moderna dei diritti dell'uomo può, dunque, essere osservata come la base della generalizzazione della distinzione uguaglianza/diseguaglianza. Questa formula permette tanto di occultare le differenze, con il continuo riemergere della diseguaglianza al di sotto della proclamata uguaglianza tra gli uomini³⁴.

Il compito del diritto, qui, non è quello di garantire che tutti siano uguali, come si è soliti pensare. L'enunciazione dei diritti ha come funzione quella di impedire che il paradosso dell'uguaglianza sia osservato in quanto tale e, simultaneamente, permettere che siano prodotte nuove diseguaglianze, poiché giuridica-

³³ Ivi, p. 41.

³⁴ In tal modo, afferma Raffaele De Giorgi, *Temi di filosofia del diritto*, Lecce, Pensa Multimedia, 2006, pp. 137-138, a proposito della idea di uguaglianza: «Il principio allora non esclude affatto la disuguaglianza di trattamento, ma la rende possibile condizionandola. Il diritto riassume al suo interno la relazionalità dell'uguaglianza: posizioni giuridiche sono uguali o disuguali ad un *tertium comparationis*».

mente consentite. Questo accade, per esempio, mediante la formula uguaglianza formale/disuguaglianza sostanziale ³⁵.

Ogni volta che la “natura umana” si identifica con *standards* geografici, religiosi, politici, insomma, culturali, la qualità che fa di tutti gli uomini degli umani, costituisce uno sfondo che permette la costruzione, nel segno dell’idea di uguaglianza, di profonde disuguaglianze tra uomini. Essere uguali, di conseguenza, è essere *uguali tra uguali*: i più sfuggono da un modello di natura umana tipicamente europeo. Basandosi in questa visione e per mezzo del moderno discorso dei diritti dell’uomo e dell’uguaglianza presupposta come diritto dell’uomo, si è resa possibile un’*omologazione delle differenze come condizione naturale*, una condizione nella quale tutte le differenze, politiche, economiche, sociali vengono reintrodotte come conseguenze conosciute: le donne, nella stessa Francia fino al 1946, senza diritto di voto; la schiavitù nera; l’esclusione degli indios in America, solo per fare qualche esempio.

Nel caso dei diritti umani degli indios, si percepisce come l’associazione di un’antropologia naturalistica con una concezione pure naturalistica dei diritti ha permesso che, sotto il discorso della protezione e della tutela, venissero prodotti larghi margini di deprotezione degli indios o, di più, come, sotto il mantello della loro inclusione (lo *Estatuto do Índio*, ancora vigente in Brasile, parla di inclusione dell’indio nella comunità nazionale), venisse praticata la sua più estrema esclusione. La protezione costituzionale degli indios e i loro diritti umani garantiscono che gli indios possano essere alfabetizzati nella loro lingua, occultando il fatto che in quegli istituti essi ricevono quasi sempre un’educazione di pessima qualità. Come ho già avuto modo di affermare ³⁶, il riconoscimento di questi diritti tranquillizza le aspettative sociali in relazione all’effettività dei diritti, ma nello stesso tempo, rende immuni le istituzioni, come le scuole o gli ospedali, da domande che siano propriamente politiche e non giuridiche. Nel caso del problema plurisecolare dell’esclusione sociale dei popoli indigeni, le promesse di cristianizzazione, acculturazione, assimilazione, contenute nella enunciazione dei diritti dei popoli indigeni, hanno prodotto un effetto immunizzatore della politica. Hanno causato, in questo modo, niente più che un’*inclusione dell’esclusione* degli indios.

35 «L’uguaglianza formale è l’idea della ragione che si esprime nel diritto; la disuguaglianza materiale è una condizione di fatto, che è determinata da altre condizioni di fatto le quali possono essere negate, cioè superate». Ivi, p. 134.

36 Juliana Neuenschwander Magalhães, *Los límites del multiculturalismo en las sociedades multiculturales: formas de inclusión y exclusión*, «forum historiae iuris», 18 August 2014, p.19.

Che cosa accadrebbe, però, se cominciassimo da zero e, in luogo dell'antropologia naturalistica della modernità, il diritto e la politica operassero considerando un'altra antropologia? Sarebbe possibile produrre un linguaggio giuridico riferito agli indios che prendesse sul serio ciò che gli indios pensano di se stessi e del mondo? Un linguaggio che producesse qualcosa di più che un'inclusione dell'esclusione degli indios in Brasile?

Nel tentativo di approssimarmi a quest'ordine di problemi e con l'idea di cercare delle basi per avanzare in un dialogo tra antropologia e diritto (e senza pretese di trovare risposte) intenderei partire da una lettura di Viveiros de Castro.

Forse a partire da tali pagine può diventare possibile ricostruire una nozione giuridica di diversità sulla base di un'epistemologia capace di prendere sul serio l'altro e i suoi diritti, esattamente per il fatto di essere essa stessa una (altra) antropologia. Un'*antropologia dell'altro* per pensare diritti *a partire da* l'altro e non solo *diretti o destinati a* l'altro.

2. *Il prospettivismo amerindio e il multinaturalismo: un'altra antropologia*

Al fine di presentare il pensiero di Viveiros de Castro sembra ³⁷ opportuno prendere le mosse dalla "traduzione" ³⁸ che Egli fa del pensiero amerindio del quale ci parla Claude Lèvi-Strauss nell'opera *Razza e storia*:

«Nas Antilhas, alguns anos após o descobrimento das Américas, enquanto os espanhóis despachavam comissões de inquérito para saber se os indígenas possuíam alma ou não, estes tratavam de submergir prisioneiros brancos, para verificar, com base numa longa e cuidadosa observação, se os seus cadáveres apodreciam ou não» ³⁹.

Il noto aneddoto delle Antille, al quale si riferisce Eduardo Viveiros de Ca-

³⁷ Dell'ampia produzione di saggi di Eduardo Viveiros de Castro mi baserò principalmente sui due recenti suoi lavori: *Metafísicas Canibais — elementos para uma antropologia pós-estrutural*, São Paulo, Cosac Naify, 2015 e la collettanea di saggi *A inconstância da Alma Selvagem*, Cosac Naify, São Paulo, 2002.

³⁸ È lo stesso Viveiros de Castro, *A inconstância da Alma Selvagem*, cit., p. 15, a problematizzare l'idea di una antropologia come traduzione: « A antropologia, como se diz às vezes, é uma atividade de tradução; e tradução, como se diz sempre, é traição. Sem dúvida; tudo está, porém, em saber escolher quem se vai trair ».

³⁹ Eduardo Viveiros de Castro si riferisce in varie occasioni all'aneddoto raccontato da Lévi-Strauss. Si vedano Viveiros de Castro, *Inconstancia da Alma Selvagem*, cit., p. 368; Id., *Metafísicas Canibais*, cit., p. 35.

stro, è interessante per il fatto di illustrare differenze tra il pensiero occidentale e indigeno, ma qui ci interessa in particolare per le differenti interpretazioni che ne danno i due Autori. Mentre per Levy Strauss il racconto era capace di spiegare l'etnocentrismo come espressione della natura umana, ossia, come una caratteristica più generale che consisteva nella negazione della sua generalità, per Viveiros de Castro ciò che chiama all'attenzione è il fatto che si condivide il favore della propria umanità a discapito dell'umanità dell'altro ⁴⁰.

Se è corretto dire che è comune alle due prospettive l'adozione, tanto da parte dell'uomo bianco europeo civilizzato, quanto dal lato dell'indio non europeo e selvaggio, di un punto di vista etnocentrico, l'interesse di Viveiros de Castro va un po' oltre tale constatazione; Egli pretende di ricavare le differenze tra tali punti di vista, ma senza cercare di descriverli come differenti visioni dell'uomo e della sua umanità, ossia, differenti antropologie. Infatti, arguisce Viveiros, le differenze tra gli europei e gli amerindi, in quell'allegoria, possono essere descritte in altro modo, poiché, più che la generalità della negazione dell'alterità, quello che in essa si può osservare è basicamente il fatto che si attribuisce all'altro la condizione di altro.

La ricchezza dell'aneddoto, sottolinea Viveiros, sta esattamente nel percepire che, se europei e indios dubitano dell'umanità dell'altro, la qualità di questo dubbio è differente. Per gli spagnoli è rilevante sapere se gli indios hanno un'anima, in quanto la loro cosmologia è guidata da presupposti metafisici e religiosi. Gli indios invece cercavano di risolvere il loro dubbio per mezzo di un'esperienza fisica, al fine di sapere se quelle creature che le apparivano come spiriti, se quelle anime, avessero un corpo, fossero mortali, aparendo in questo caso più razionali e "scientifici" degli spagnoli.

Tale racconto mostra tanto la qualità etnocentrica di queste differenti prospettive come anche la sua simmetria. Spagnoli e indios erano entrambi etnocentrici, ma non *ugualmente* etnocentrici, bensì *simmetricamente* etnocentrici. Se l'etnocentrismo europeo «consisteva nel dubitare che i corpi dell'altro contenesero un'anima formalmente somigliante a quella che abitava ai loro stessi corpi», l'etnocentrismo amerindio, al contrario, «consisteva nel dubitare che altre anime o spiriti fossero dotati di un corpo sostanzialmente somigliante ai corpi indigeni» ⁴¹.

Nella sua traiettoria teorica e creativa, Eduardo Viveiros de Castro si è occupato di questa differenza. A partire dalla sua dissertazione di Master, uno studio etnologico dei Yawalapití, popolazione dell'Alto Xingu, per immergersi, con la

40 Viveiros de Castro, *Metafísicas Canibais*, cit., p. 35.

41 Ivi, p. 37.

dissertazione di dottorato, nella cosmologia degli Araweté, del Parà, ha studiato temi classici degli studi etnologici, come la parentela, il corpo, la predazione, il commercio, la guerra. Il suo obiettivo, nel precisare, ogni volta di più, tali concetti, tanto teoricamente quanto etnograficamente, è stato quello di contribuire a un linguaggio analitico *all'altezza* dei mondi indigeni, il che implica una «lotta contro gli automatismi intellettuali della nostra tradizione», nel senso di conseguire una «ricostruzione dell'immaginario concettuale indigeno nei termini del nostro stesso immaginario» ⁴². La grande preoccupazione, qui, è di non tradire con la descrizione antropologica il pensiero amerindio che si pretende di «tradurre».

È con questi desiderata che il percorso intellettuale di Viveiros de Castro passa dalla descrizione etnologica alla *problematizzazione degli stessi modelli descrittivi* prodotti dall'antropologia. Tale dislocamento lo porta a problematizzare, decostruire e ricostruire la propria antropologia come disciplina, in un dialogo tra antropologia e filosofia che Viveiros realizza, soprattutto a partire da Gilles Deleuze e Félix Guattari nell'opera *Métaphysiques cannibales* ⁴³. Viveiros assume che l'antropologia tradizionale sia storicamente calcata su presupposti colonialisti e propone un'altra antropologia, la cui vera missione è di essere «teoria-pratica della decolonizzazione permanente del pensiero» ⁴⁴.

Tale svolta epistemologica di Viveiros de Castro assume un profilo fortemente politico, in quanto si oppone ai tratti colonialisti della tradizione dell'antropologia, ma senza trascurare le pecche di uno sguardo post-colonialistico, che riduca la descrizione dell'altro a «rappresentazioni» e «invenzioni», che riproducono l'immaginario dell'Occidente su se stesso. Afferma Viveiros che «supporre che tutto il discorso "europeo" sopra i popoli di tradizione non europea, serva solo a illuminare le nostre "rappresentazioni dell'altro", è fare di un certo post-colonialismo teorico la manifestazione più perversa dell'etnocentrismo» ⁴⁵.

Ponendosi contro quello che chiama «costruttivismo a senso unico», Viveiros afferma, riferendosi a Maniglier, che una vera antropologia è capace di offrirci un'immagine di noi stessi nella quale noi ci riconosciamo, «poiché tutta l'esperienza di un'altra cultura ci offre l'occasione per fare un'esperienza sulla nostra stessa cultura». Questo esperimento teorico e pratico, come vedremo, sfida anche le prospettive multiculturali e relativiste che furono abbracciate dalle teorie dei

⁴² Viveiros de Castro, *A inconstância da Alma Selvagem*, cit., p. 15.

⁴³ Il libro pubblicato in francese nel 2009, mentre la traduzione brasiliana è stata pubblicata per i tipi della casa editrice Cosac Naif di São Paulo, nel 2015.

⁴⁴ Viveiros de Castro, *Metafísicas Canibais*, cit., p. 20.

⁴⁵ Ivi, p. 21.

diritti umani negli ultimi trent'anni; non pretende predicare l'abolizione di frontiere e differenze, in quanto «le semplificazioni riduzioniste e i facili monismi» stanno fuori questione, così come le «fantasie fusionali». Viveiros puntualizza che «non si tratta di togliere i contorni, ma di piegarli, addensarli, deviarli, sfumarli, frazionarli» ⁴⁶.

Il segno iniziale di questa svolta epistemologica nell'opera di Viveiros de Castro consistette, nella metà degli anni Novanta, nell'adozione dei concetti di «prospettivismo amerindio» e di «multinaturalismo», che lo rendono internazionalmente conosciuto. Questi due concetti chiave sono capaci di segnalare le differenze che Viveiros indica esistere tra la cosmologia occidentale e quella amerindia. Esse emergono a partire da un'analisi della «metafisica della predazione», ossia delle pratiche cannibali e antropofaghe degli amerindi. Ciò è curioso, in quanto il cannibalismo e l'antropofagia sono le ipotesi più estreme della distanza «morale» tra il pensiero occidentale e amerindio. Forse, però, proprio «il caso più estremo» è quello che meglio permette di osservare le grandi distanze cosmologiche, anche se è molto spesso invocato, proprio per impedire un transito interculturale o anche un contatto con l'alterità e la differenza.

«Prospettivismo amerindio» è un concetto la cui comprensione esige un ragionevole grado di affrancamento dall'eredità del pensiero occidentale di cui siamo portatori, tuttavia è il punto centrale di spostamento nella direzione della «antropo-epistemologia» dell'altro, che Viveiros preconizza nel suo libro immaginario *O Anti-Narciso* ⁴⁷. In accordo con il prospettivismo, le grandi divergenze tra antropologia naturalistica tipicamente occidentale e il pensiero amerindio possono essere comprese a partire dalle inverse funzioni semiotiche attribuite al corpo e all'anima, come l'aneddoto delle Antille evidenzia: «l'etnocentrismo degli europei è consistito nel dubitare che i corpi degli altri contenessero un'anima formalmente somigliante a quella che abitava nei loro stessi corpi; l'etnocentrismo amerindio, al contrario, è consistito nel dubitare che altre anime o spiriti fossero dotate di un corpo sostanzialmente somigliante ai corpi indigeni» ⁴⁸.

La simmetria di prospettive evidenziata dall'episodio delle Antille ha permesso a Viveiros, mentre gli altri autori parlavano di *animismo*, di confermare l'importanza della corporalità nella cosmovisione amerindia. Tale constatazione

⁴⁶ Ivi, p. 28.

⁴⁷ *O Anti-Narciso* è un libro che è stato così tanto immaginato, spiega Viveiros de Castro, *Metafísicas Canibais*, cit., p. 19, che è finito per non esistere. *Metafísicas Canibais* ci è presentato dall'Autore come una descrizione di questo libro ipotetico.

⁴⁸ Ivi, p. 37.

permette di avanzare nella direzione della formulazione di un'antropologia amerindia «in termini di flussi organici e di codificazioni materiali di molteplicità sensibili e di divenire animale», rompendo con i «termini spettrali della nostra stessa antropologia, soffocata da una terribile verbosità giuridico-teologica – si pensi al linguaggio dei “diritti” e dei “doveri”, delle “regole” e dei “principi”...»⁴⁹.

Viveiros menziona Autori come Kaj Århem, nel parlare di «qualità prospettiva» e Ann Gray che distingue il concetto di «relatività prospettiva», e propone il «prospettivismo amerindio», per osservare che nel mondo composto da una molteplicità di punti di vista «tutti quelli che esistono sono centro potenziale di intenzionalità, che comprende i restanti esistenti secondo le sue proprie e rispettive caratteristiche o potenze»⁵⁰.

Da questo risulta che, nella visione di questi popoli indigeni, «il modo in cui gli esseri umani vedono gli animali così come altre soggettività che popolano l'universo – dei, spiriti, morti, abitanti di altri livelli cosmici, piante, fenomeni meteorologici, accadimenti, irregolarità geografiche, oggetti e artefatti – è profondamente differente dal mondo in cui tali esseri vedono gli umani e vedono se stessi»⁵¹. Gli indios, in condizioni normali, vedono gli umani come umani e gli animali come animali. Gli animali predatori e gli spiriti vedono gli umani come animali da preda che, a loro volta, vedono gli umani come spiriti o come animali predatori⁵². Nella misura in cui vedono gli umani come non umani, gli animali vedono se stessi come umani. E se essi si vedono come umani, partecipano della cultura degli uomini, in quanto vedono il mondo come noi lo vediamo: percepiscono il proprio alimento e la propria “casa” come alimenti e case umani, i propri attributi corporali, che per noi sono naturali (come le piume, le unghie, il pelo), sono peli animali visti come ornamenti, decorazioni, come manifestazioni culturali.

Per il prospettivismo amerindio i tapiri amano rotolarsi nel fango, ma in verità non è così, essi stanno danzando come in una festa rituale e le zecche sul loro pelo sono perline che le adornano per la festa. Le once bevono birra di miglio, l'*açaizal* (la foresta dove prosperano le piante di *açaí*) è il campo di grano dei maiali, e così via... pantere, giaguari, macachi, sono differenti corpi, differenti specie, ma essi vedono il mondo come gli uomini, bevono birra e vino, danzano e festeggiano, la cultura è stessa.

È chiaro che se sono le pantere che vedono se stesse come umane, gli in-

49 Ivi, p. 41.

50 Ivi, p. 42.

51 Viveiros de Castro, *A Inconstância da Alma Selvagem*, cit., p. 350.

52 Ivi, p. 350.

dios le vedono come pantere, seppure sappiano che esse sono, in essenza umane. Questo perché nel mondo amerindio la specie umana non è una specie che si distingue da tutte le altre, cosa che accade nel pensiero occidentale europeo della modernità, relazionato alla nozione di “dignità umana”, che distingue gli uomini da tutte le altre specie di esseri viventi. Al contrario, dice Viveiros de Castro, per gli indios il fondo delle cose è umano, in quanto tutte le forme di esistenza possiedono una dimensione umana, seppure questa sia normalmente invisibile in condizioni comuni.

In tal modo, se pensiamo che l’animalità è la condizione comune agli uomini e agli animali, per il pensiero amerindio, ciò che è in comune tra gli uomini e gli animali è l’umanità. Le forme di natura (i differenti indumenti) sono molteplici, mentre la cultura è solo una. C’è quindi una molteplicità di specie, di corpi, ma un’unica cultura, sulla base di un’umanità vista come comune a indios, animali e tutti gli esseri viventi. Per l’antropologia naturalistica occidentale è esattamente l’inverso: la natura è unica e le culture sono quelle che differiscono.

Nelle parole di Viveiros de Castro «se la nostra antropologia popolare vede l’umanità come eretta su fondazioni naturali, normalmente coperte dalla cultura – essendo stati una volta “completamente” animali, restiamo, “nel fondo”, animali –, il pensiero indigeno conclude al contrario che, essendo stati umani, gli animali e altri esseri viventi del cosmo continuano a essere umani, seppure in modo non evidente»⁵³.

La dimensione umana di tutti gli altri esseri è invisibile, in condizioni normali. Gli animali hanno sembianze non umane, ma nella loro essenza sono umani. In condizioni speciali, come nel sogno, nel trance, è possibile per gli uomini vedere l’umanità che si nasconde sotto la pelle (un indumento) degli animali. Gli sciamani sono capaci di vedere questa essenza umana degli animali, sono «androgini dal punto di vista delle specie», circolano tra i due mondi e possono raccontare ad altri indios come è l’al di là, il mondo degli animali e degli spiriti della foresta. Solo gli sciamani possono conoscere gli spiriti che danzano, luminosi, nella «foresta di cristallo»⁵⁴, as-

⁵³ Ivi, p. 356.

⁵⁴ Nel bel saggio *Floresta de Cristal*, Viveiros de Castro riflette sull’ontologia degli spiriti amazzonici, soprattutto a partire dalla esposizione che David Kopenawa, pensatore e leader politico *yanomami*, fa riguardo a due *xapiripë*, animali ancestrali e spiriti sciamanici che interagiscono con gli sciamani del proprio popolo. Nella descrizione di Kopenawa, «os espíritos *xapiripë* dançam juntos sobre grandes espelhos que descem do céu. Nunca são cinzentos como os humanos. São sempre magníficos [...]. Milhares deles chegam para dançar juntos, agitando folhas de palmeiras novas, soltando gritos de alegria e dançando sem parar [...]. Todos na floresta têm uma imagem: quem anda no chão, quem anda nas

sumendo un ruolo di interlocutori attivi nel dialogo tra le specie ⁵⁵.

Molto più che esotica, quest'antropologia mette sotto scacco alcuni capisaldi del pensiero occidentale, confrontandosi con il paradigma antropologico naturalistico.

In primo luogo perché per gli amerindi non c'è niente di speciale nell'umanità, in quanto essa è un'essenza comune a tutti gli esseri. La nozione di una qualità metafisica dell'umanità, sia essa chiamata "ragione", o "dignità umana" semplicemente non si concilia con una tale antropologia. Per il pensiero amerindio ciò che si può riconoscere di specifico negli uomini è un oggetto, la cosa, il corpo. Per questo gli indios nell'indagare sull'umanità degli spagnoli pretendevano di sapere se essi avevano un corpo e pertanto non erano spiriti.

In secondo luogo, tale antropologia, ha a che fare con lo stesso modello di conoscenza che tale visione dell'uomo implica. Nella prospettiva amerindia, la conoscenza consiste nel soggettivizzare al massimo gli oggetti da conoscere, già che tutto l'esistente è soggetto, tutte le cose sono soggetti in potenza. «Conoscere è personificare, prendere il punto di vista di quello che deve essere conosciuto» ⁵⁶. La forma dell'altro è la persona e non la cosa, la conoscenza consiste nel soggettivizzare l'oggetto al massimo, ossia, è il punto di vista che crea il soggetto (e non l'oggetto, come un'epistemologia costruttivistica può postulare) ⁵⁷. L'umanità è da per tutto, il mondo è popolato da soggetti e l'ideale della conoscenza è a soggettività. Ma la "personitudine" e la "prospettività", ossia la capacità di occupare un punto di vista, non è una facoltà che si estende in modo omogeneo a tutto l'esistente umano e non umano. Tanto meno è una questione di base, che si risolve *a priori*, infatti, ogni essere, per quanto insignificante sia, può presentare potenzialità in modo più completo di altri, umani compresi e così si rappresentano come fossero "più persone" ⁵⁸.

Questo punto di rottura tiene un forte significato epistemologico, ma anche politico. Ciò in quanto le relazioni tra gli umani e gli animali, o tra gli umani e le piante, sono viste come relazioni sociali. Tutto è relazione sociale e, in questo quadro, in cui tutto è umano e relazione sociale, tutto acquisisce un significato politico. L'idea di "soggetto" con la quale il pensiero occidentale opera, dal Sette-

árvores, quem tem asas, quem mora na água [...]. São estas imagens que os xamãs chamam e fazem descer para virar espíritos *xapiripê*». Eduardo Viveiros de Castro, *A Floresta de Cristal*, «Cadernos do Capo», São Paulo, 14/15, 2006, p. 320.

⁵⁵ Viveiros de Castro, *Metafisica Canibais*, cit., p. 49.

⁵⁶ Viveiros de Castro, *Inconstância da alma selvagem*, cit., p. 358.

⁵⁷ Ivi, p. 373.

⁵⁸ Ivi, p. 353.

cento, nel quadro di pensiero amerindio può avere senso solo come una qualità che si estende a tutti gli esseri, perché tutti gli esseri sono, in essenza, umani.

In coerenza con la radicalità che cerca nel suo pensiero, Viveiros de Castro afferma che la classica distinzione tra natura e cultura «non può essere utilizzata per descrivere dimensioni o domini interni a cosmologie non occidentali senza passare prima al vaglio di una rigorosa critica etnologica»⁵⁹. Tale critica implica il riconoscere che nella visione occidentale la coppia società/natura è vista come fosse, a sua volta, naturale: nel naturalismo «le relazioni tra società e natura sono esse stesse naturali». Nell'animismo che «può essere definito come un'ontologia che postula il carattere sociale delle relazioni tra gli esseri umani e non umani», le relazioni tra natura e società sono sempre sociali⁶⁰.

Sempre preoccupato di anticipare eventuali comprensioni errate o riduzioni del prospettivismo, Viveiros cerca di chiarire che l'animismo non ha costituito una «proiezione figurata delle qualità umane sostanziali su non umani», ma che esso esprime una «equivalenza reale tra le relazioni che umani e non umani intrattengono tra loro»⁶¹. Viveiros propone, dunque, un *riordino* dei concetti di natura e cultura che lo conduce a proporre il termine “multinaturalismo” per segnalare le differenze tra la cosmologia della modernità e il pensiero amerindio. Al contrario dell'antropologia naturalistica della modernità, il pensiero amerindio consiste in un *multinaturalismo*. Se il nostro pensiero è “mono-naturalistico” e “multiculturalista”, il pensiero amerindio è “multinaturalista” e “monculturalista”, dice l'autore di *Metafísicas Canibais*.

La nozione di multinaturalismo contrasta con quella, costruita sulla base della classica dicotomia natura/cultura, tanto del “relativismo” quanto del “multiculturalismo”. Il prospettivismo non è un relativismo, perché non equivale, nei suoi presupposti e conseguenze, l'adozione di un atteggiamento relativista. Si colloca, al contrario di quanto possa apparire a prima vista, «su un asse ortogonale all'opposizione tra relativismo e universalismo»⁶². Il relativismo culturale, un multiculturalismo, «suppone una diversità di rappresentazioni soggettive e parziali, che incidono su una natura esterna, una e totale, indifferente alla rappresentazione; gli amerindi propongono all'opposto: un'unità rappresentativa o fenomenologica puramente pronominale, applicata indifferentemente su una

59 Viveiros de Castro, *Metafísicas Canibais*, cit., p. 42.

60 Viveiros de Castro, *Inconstância da Alma Selvagem*, cit., p. 364.

61 Ivi, p. 374.

62 Viveiros de Castro, *Metafísicas Canibais*, cit., p. 42.

diversità reale»⁶³. Tale radicale diversità reale o obiettiva produce un punto di vista, in quanto essa sta nel corpo, già che la differenza è presa dalla specificità dei corpi.

Il pensiero relativista parte dalla vecchia posizione, tipica del pensiero moderno, che esiste un'universalità della natura, la quale sarebbe declinata attraverso una molteplicità di culture. Tale universalità della natura, ci dice Viveiros, è garantita da un'universalità oggettiva dei corpi e della sostanza, mentre la molteplicità delle culture deriva dalla particolarità soggettiva degli spiriti⁶⁴. Nella cosmovisione amerindia tale relazione si inverte, e dunque si ha una unità di spirito, una sola cultura, e una diversità dei corpi. Le rappresentazioni sono prodotte dallo spirito, dalla cultura e pertanto, tale nozione di relativismo non si inquadra nel pensiero amerindio. «Gli animali vedono nella *stessa* forma cose *diverse* da quelle che vediamo perché i loro corpi sono differenti dal nostro», dice Viveiros, sottolineando che le differenze a cui si riferisce non sono fisiologiche ma risultato di affezione: ciò che si mangia, ciò che si beve, come ci si muove e si vive.... I corpi, completa l'Autore, «sono il modo attraverso il quale l'alterità è appresa come tale»⁶⁵. Ancora: «la somiglianza affermata tra umani e giaguari sul fatto che entrambi bevono "birra", è posta affinché meglio si percepisca ciò che fa la differenza tra umani e giaguari»⁶⁶. Con ciò il multinaturalismo amazzonico non afferma una varietà di nature, ma la naturalità di una variazione, la variazione come natura⁶⁷.

Tanto la nozione di prospettivismo quanto quella di multinaturalismo non sono di facile apprendimento, oltre ad essere fortemente contro-intuitive. Pensare l'apporto la conoscenza dell'antropologia può dare al modo con cui ci relazioniamo con gli indios, ossia, pensare i suoi possibili svolgimenti politici, morali e giuridici è un esercizio difficile. Da un lato esige una vera e propria lotta per affrancarci dalla nostra struttura di pensiero, per esempio ricordando che la distinzione tra natura e cultura solo ha senso nel quadro di un'antropologia naturalistica, così come è in essa che s'iscrivono altre distinzioni alle quali siamo abituati, come universale e particolare, obiettivo e soggettivo, fatto e norma, o anche i grandi principi della politica e del diritto moderni, come i diritti umani.

Il rischio nel confrontarsi con una svolta epistemologica e filosofica come

63 Viveiros de Castro, *Inconstância da Alma Selvagem*, cit., p. 379.

64 Ivi, p. 349.

65 Ivi, p. 380.

66 Viveiros de Castro, *Metafísicas Canibais*, cit., p. 66.

67 Ivi, p. 69.

quella proposta di Eduardo Viveiros de Castro, è sempre quello di sottrarsi alla sua radicalità, ripiegandosi in categorie già conosciute e, pertanto, con le quali ci sentiamo molto più a nostro agio. È necessario pertanto porre l'attenzione sul rischio di ridurre il potenziale creativo delle categorie proposte da Viveiros a costruzioni che sono a noi più vicine, come per esempio è il caso del relativismo e del multiculturalismo.

Non solo dal punto di vista antropologico, ma anche nelle sue conseguenze politiche, il prospettivismo non si confonde con il multiculturalismo. «Se il multiculturalismo occidentale è il relativismo come politica pubblica (la pratica compiacente della tolleranza)», avverte Viveiros, «il prospettivismo sciamanico amerindio è il multinaturalismo come politica cosmica (l'esercizio esigente di una precauzione)»⁶⁸. Tale dimensione politica del prospettivismo si segnala per la stessa ricostruzione dell'antropologia come disciplina. Viveiros de Castro sembra particolarmente preoccupato riguardo a quello che l'antropologia può “devolvere” agli indios, si mostra impegnato nel costruire un sapere epistemologico che sia “all'altezza” degli indios e ci pone di fronte al fatto che, più di cinquecento anni dopo l'arrivo dei portoghesi in Brasile, né la scienza, e tanto meno la politica o il diritto, sono stati capaci di riconoscere l'indio nella sua alterità.

Con tale inclinazione Viveiros de Castro sottolinea che è necessario radicalizzare il processo di ricostruzione dell'antropologia, disciplina che, secondo lui, tiene «il colonialismo come uno dei suoi *a priori* storico». In questo modo, dice, «l'antropologia si rende pronta ad assumere integralmente la sua vera missione, quella di essere una teoria-pratica della decolonizzazione permanente del pensiero»⁶⁹. È per questo che Viveiros assume una connessione tra antropologia e filosofia.

Seguendo questo itinerario, penso che si potrebbe portare ancora più avanti tale progetto radicale e radicalizzante, e pensare alle possibili connessioni tra antropologia amerindia e diritto. Se i nostri modelli di conoscenza sono eredi di un'antropologia antropocentrica e naturalistica, il mio interesse di ricerca si orienta per ciò che è possibile apprendere prendendo “sul serio” il prospettivismo amerindio. Mi interessa sapere che cosa una tal antropologia può apportare nel campo del diritto. Come si può pensare il diritto e in particolar modo i diritti umani, a partire dal prospettivismo amerindio? Come possiamo tradurre questa cosmovisione dei popoli dell'Amazzonia in modo da dare corpo a un diritto degli indios senza, con ciò, “tradire” tale cosmovisione?

⁶⁸ Ivi, p. 50.

⁶⁹ Ivi, p. 20.

3. *Il dialogo tra antropologia e diritti: un diritto dell'altro*

In questo saggio ho accettato la sfida di pensare alle possibili conseguenze dell'antropologia amerindia su una riflessione e una pratica del diritto. Ovviamente, come già detto, non intendo sostituire il prospettivismo alla nostra antropologia naturalistica, che fa da base al diritto della modernità. Non si pretende di passare a pensare come fanno gli indios. Si tratta di sperimentare, avendo come premessa la consapevolezza di come gli indios conoscono il mondo, un riconoscimento di questi ultimi e dei loro diritti, che tenga conto della loro diversità, che renda giustizia alla loro alterità, in uno sforzo di pensarci *come* gli indios. Se il prospettivismo oppone a un'antropologia naturalistica della modernità occidentale un'altra antropologia, m'interessa riflettere in che termini esso può offrire al diritto nuove possibilità di riconoscimento giuridico dell'alterità e dei diritti degli indios che da ciò discendono.

La complessità di un tale compito può essere osservata già nella comprensione del concetto di "indio". A Viveiros è stato chiesto in alcune occasioni di dare il suo contributo alla costruzione giuridica del concetto d'indiano. La prima cosa che ne emerge, è stato che poi "indiano" non è una categoria naturale, ma una categoria storica «nel doppio senso di contenere un riferimento complesso alla storia del popolo così (problematicamente) definito e di possedere un contenuto, in quanto concetto, storicamente variabile» ⁷⁰.

Le stesse costruzioni storiche socialmente date di indio non sono univoche. C'è, chiaramente, una distanza tra i concetti giuridico e antropologico d'indio. Anche se i giudici chiedono perizie antropologiche, al fine di determinare se una comunità è indigena o no, è un equivoco considerare che c'è «una sintonia presupposta tra il concetto antropologico di indio e il concetto giuridico di indio» ⁷¹, ricorda Viveiros de Castro, in quanto tali concetti differiscono in estensione e in comprensione.

In uno sforzo di approssimazione in questo senso, Viveiros propone un concetto ibrido giuridico-antropologico di "indio" e di comunità indigena, definendo come indio «qualsiasi membro di una comunità indigena, riconosciuto da essa come tale», e intendendo per "comunità indigena" quella «fondata nelle relazioni di parentela o vicinanza tra i suoi membri, che mantiene legami storico-culturali con le organizzazioni sociali indigene precolombiane» ⁷².

⁷⁰ Eduardo Viveiros de Castro, *A indianidade é um Projeto de Futuro, não uma Memória do Passado. Entrevista com Eduardo Viveiros de Castro*, «Prisma Jurídico.», São Paulo, 10, 2, jul./dez. 2011, p. 261.

⁷¹ Ivi, p. 263.

⁷² Ibidem.

A partire da questa definizione più generale, Viveiros specifica antropologicamente che: 1) le relazioni di parentela o di vicinanza costitutive della comunità sono definite nei termini in cui la stessa comunità in questione concepisce i vincoli interpersonali; 2) i vincoli storico-culturali con le organizzazioni sociali precolombiane comprendono dimensioni storiche, culturali e sociopolitiche, tali come (a) la continuità dell'attuale collocazione territoriale della comunità, in relazione alla situazione esistente nel periodo precolombiano; (b) l'orientamento «positivo e attivo del gruppo in relazione ai discorsi e alle pratiche comunitarie derivate dal fondo culturale amerindio e concepite come patrimonio rilevante del gruppo»; in fine (c) la decisione, sia essa manifesta o solo presunta della comunità di costruirsi come entità socialmente differenziata all'interno della comunità nazionale, con autonomia di statuire e deliberare sopra la sua composizione (modi di reclutamento e criteri d'inclusione dei propri membri) e negozi interni (governo comunitario, forme di occupazione del territorio, regime d'interscambio con la società circostante) così come di definire le proprie modalità di riproduzione simbolica e materiale ⁷³.

La definizione giuridica di indio proposta da Viveiros, coerentemente con la nozione di prospettivismo, assume il punto di vista degli indios su se stessi come base di ogni tipo di riconoscimento giuridico, che di riflesso si disegna a partire dalla nozione di autonomia dell'indio di esercitare il proprio modo di vita e inoltre, costruire per sé stesso ogni ordine simbolico, che incida su questo modo di esistenza, il che ovviamente include la dimensione normativa giuridica.

Evidentemente siamo molto lontani dal conseguire una tale comprensione giuridico-antropologica d'indio. Un esempio nel quale possiamo chiaramente percepire la dimensione di questa distanza è il caso delle consultazioni previe previste nella *Indigenous and Tribal Peoples Convention* della ILO e nella Dichiarazione dell'ONU sui diritti dei popoli indigeni ⁷⁴. Seppure la Convenzione preveda il dovere dei governi di consultare gli indios in relazione a misure che

⁷³ «Tal continuidade inclui, em particular, a derivação da situação presente a partir de determinações ou contingências impostas pelos poderes coloniais ou nacionais no passado, tais como migrações forçadas, descimentos, reduções, aldeamentos e demais medidas de assimilação e oclusão étnicas». Eduardo Viveiros de Castro, *A Indianidade é um Projeto de Futuro*, cit., p. 263.

⁷⁴ L'art. 6 della *Indigenous and Tribal Peoples Convention*, (convenzione n. 169 del 1989) della *International Labour Organization* (ILO), prevede che i governi debbano consultare «the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly».

li colpiscono direttamente, questo non ha molto senso per gli indios, in quanto gli sono estranee le nozioni occidentali di democrazia e rappresentanza. Viveiros De Castro dice che lo stesso problema relativo al concetto di comunità e di colui che deve parlare in suo nome, è di una complessità disorientante per gli indios. L'antropologo spiega che la filosofia politica indigena in generale adotta nozioni di rappresentanza e di delega assolutamente diverse, anche perché «l'unità della Consulta – in sostanza, ciò che è un popolo indigeno, chi sono i Krahô, quante comunità comprendono il popolo Arara, ecc. – essa stessa è un oggetto, o meglio, un soggetto altamente problematico»⁷⁵.

Inoltre è lontana dal modo di pensare degli indios la nozione di patto o contratto, di accordi che possano avere un carattere vincolante e inderogabile, nozioni chiaramente incompatibili con la «incostanza dell'anima selvaggia». Un popolo indigeno, spiega Viveiros, «è una molteplicità viva, in perpetuo divenire, in perpetua divisione, ricombinazione, differenziazione». Così il popolo che è stato consultato nel passato non è mai lo stesso, «sono mutati i consultati, il numero e la composizione delle comunità e non c'è nulla nella "costituzione" di un popolo indigeno che li obblighi a essere il medesimo soggetto unico e costante di anno in anno»⁷⁶. La «consultazione» può legittimare una decisione governativa dal punto di vista del procedimento democratico e rappresentativo adottato dallo Stato ma per l'indio non significa nulla.

Molti altri esempi potrebbero essere cercati, con riferimento alle relazioni di parentela, proprietà, matrimonio, ecc. Tutti questi esempi ci renderebbero edotti dell'enorme distanza tra norme giuridiche riferite all'indio, come «cittadino» di uno Stato e il pensiero e le pratiche culturali amerindie. Il mio interesse è pensare, prendendo sul serio la prospettiva amerindia, un altro percorso per l'approccio giuridico della diversità culturale. Concordo con Viveiros de Castro quando egli afferma che la risposta in termini di relativismo e multiculturalismo non è soddisfacente. Il termine *multiculturalismo*, in voga negli ultimi trent'anni, può solo rafforzare quello che veniva inserito nella nozione di cultura⁷⁷, giacché, originalmente, multiculturalismo intendeva riferirsi al riconoscimento che, nella società

⁷⁵ Viveiros de Castro, *A Indianidade é um Projeto de Futuro*, cit., p. 261.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Desta curiosità che in questo contesto, il termine «cultura», che nel quadro di una antropologia naturalistica ha avuto nel secolo XIX il valore semantico di «civilizzazione», si è stato poi connotato, lungo il secolo XX, dal significato di diversità culturale, acquisendo in tal modo un contenuto opposto a quello di «civiltà». Terry Eagleton, *A ideia de Cultura*, cit., p. 25, ha osservato che è una vera ironia che la parola cultura, oggi, si è divenuta «più un modo di descrivere le forme di vita dei selvaggi che un termine per i civilizzati».

ha una pluralità di modi di vita. Tali differenze possono tanto essere interpretate come culturali nel senso più specifico ed etnico di nazione o popolo, come mette in evidenza Will Kymlicka⁷⁸, quanto in un senso più comprensivo della nozione di cultura, non etnico, comprendendo le differenze di genere, confessione religiosa, convinzioni politiche. Quale che sia la ragione del successo teorico del multiculturalismo, però, molti autori, come nel caso di Seyla Benhabib⁷⁹, hanno mostrato il fallimento delle politiche multiculturali, sia per il fatto che tali politiche hanno prodotto «ghetti continui», sia per il fatto che sono consistite in una sorta di «monoculturalismo plurale» (o pluralità di monoculture). Anche Eduardo Viveiros de Castro, come abbiamo visto, critica il multiculturalismo; dice che è cosa dei bianchi, che presuppone che vi sia una natura unica e varie culture, sulla base di una tradizione di naturalismo. Similmente, il *relativismo* è il riconoscimento che, anche se vi è un'unica natura, le visioni del mondo possono essere molteplici. Tuttavia il problema, afferma Viveiros, è l'idea stessa di unità di natura, che produce un'identificazione con una determinata cultura: ossia, esistono diverse visioni del mondo, ma una è quella corretta (e verificabile secondo i canoni della scienza).

C'è, dunque, una grande dose d'ipocrisia nel relativismo e nel multiculturalismo, che finisce per essere una politica di "tolleranza". Il multiculturalismo sarebbe pertanto un'ideologia ipocrita, perché la tolleranza è qualcosa che si esercita dall'altro verso il basso, che stabilisce una gerarchia tra chi tollera (superiore) e che è tollerato (inferiore).

All'inverso del multiculturalismo, Viveiros propone il *multinaturalismo*, nel quadro del quale non si considera una natura unica vista da diversi punti di vista, ma una natura multipla composta di una molteplicità di visioni, un mondo dove tutto l'esistente, umano o non umano, è una molteplicità di visioni, un mondo dove tutto l'esistente, umano e no, è una prospettiva, una visione. Senza dubbio questa è una concezione espansiva di umanità, in quanto tutto è "umano" in assenza.

Come si potrebbe pensare il diritto a partire dal prospettivismo amerindio? Come possiamo tradurre tale cosmovisione dei popoli dell'Amazzonia che Viveiros ci presenta, in modo da informare il dibattito sui diritti degli indios, senza tradire questa stessa cosmovisione, o ricondurla al linguaggio del "colonizzatore", tipicamente occidentale e pertanto di per sé escludente di tutta la alterità amerin-

⁷⁸ Will Kymlicka, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁷⁹ Seyla Benhabib, *Another Cosmopolitanism*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

dia? Questo è il linguaggio dei diritti umani, che sono sempre il diritto dell'altro, degli umani e dei "barbari".

Evidentemente, se prendiamo sul serio il prospettivismo multinaturalista, non c'è spazio né per una concezione universalista né per una concezione relativista o contestualistica dei diritti umani. Nel primo caso, perché non è possibile concepire una concezione universale della natura umana tanto quanto non è plausibile indicare in essa qualche qualità che conferisca agli uomini una dignità che li distingua dal resto del mondo. Nel secondo caso, perché la nozione di molteplicità di culture paradossalmente resta presupponendo l'unicità di natura e, quindi, come non è coerente con il pensiero amerindio una natura universale, poiché essa è molteplice, non è accettabile una nozione di molteplicità di culture.

Si vede qui che non è facile il compito di trasportare il prospettivismo multinaturalista nel campo del diritto. Io direi che non solo è difficile, ma è anche paradossale. I diritti umani, tolti agli indios, porterebbero ancora più all'esclusione sociale, produrranno cittadini che sono condannati a una condizione di sotto-cittadinanza, povertà, malattia, violenza. Sarebbe possibile una ricostruzione di questo linguaggio dei diritti umani tenendo come punto di partenza il prospettivismo multinaturalista? Seppure non sia del tutto impossibile, sarebbe certamente paradossale, poiché la semantica dei diritti umani ha una costellazione di riferimento che non trova riscontro nella cosmologia amerindia.

Il problema però, al contrario di quello che potrebbe sembrare, non sta esattamente nell'estraniamento del pensiero amerindio. Negli ultimi anni è stato osservato, da diversi autori, un certo "malessere" del discorso moderno dei diritti. In questo senso, Costas Douzinas ha segnalato, nella sua opera *O Fim dos Direitos Humanos*, che i diritti umani incontrano la loro fine quando si vedono privati del loro potenziale immaginativo e utopico. Secondo Douzinas «nella misura in cui i diritti umani iniziano a distanziarsi dai loro propositi dissidenti e rivoluzionari iniziali [...] possiamo star inaugurando l'epoca della fine dei diritti umani e di un'umanità monolitica»⁸⁰. Recentemente è stato osservato che «ragionare sui diritti umani oggi significa ragionare su uno spazio giuridico in sofferenza». Tale sofferenza dei diritti umani è legata, proseguono gli autori, in modo indissolubile al loro straordinario successo: «più aumenta il raggio di luce di cui i diritti umani si fanno portatori più emerge il cono di ombra, il loro lato oscuro»⁸¹. Meccarelli,

⁸⁰ Costas Douzinas, *O Fim dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Editora Unisinos, 2009, p. 384.

⁸¹ Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti e Carlo Sotis (Eds.), *Il lato oscuro dei diritti*

Palchetti e Sotis si riferiscono in questo passo a tensioni dicotomiche nei diritti umani, come nel caso della coppia universalità/effettività.

Tali dicotomie evocano la percezione di Niklas Luhmann dei diritti umani come paradosso, magistralmente tratteggiata nell'ultimo capitolo dell'opera *Das Recht der Gesellschaft*: «Tra i più importanti indicatori di un sistema giuridico di una società mondiale, c'è la crescente attenzione per le violazioni dei diritti umani»⁸². Se Luhmann sottolinea il fatto di riferirsi alla natura umana solo quando si tratta di indicare la sua violazione e l'indignazione che tale violazione provoca, per altro lato egli mette in evidenza che forse tale paradosso sia *adeguato* al nostro presente, date le condizioni turbolente del mondo⁸³.

In accordo con tale prospettiva, possiamo osservare che l'apparente estenuazione dei diritti umani, può essere vista non come una tragedia, nel senso della sua dilacerazione o anche esaurimento. Al contrario questa è un'opportunità per la teoria del diritto di svolgere tale paradosso in forma creativa, – nell'osservarlo e descrivere come, di fatto, *operano* i diritti umani nella società attuale – riportandolo ad essere operativo. In tal modo la teoria può incontrare un modo per proporre nuove formule per i diritti umani che, a loro volta, porteranno a nuovi paradossi, che rimarranno operazionali fino a quando il paradosso non sarà diventato nuovamente visibile.

Tentativi prossimi a questo sono, per esempio, quando la base monoculturale ed europea dei diritti umani viene sostituita da proposte come quella del *multiculturalismo emancipatorio*, o per una visione dei diritti umani come *diritto dell'altro*, per l'adozione di una prospettiva di un'*interculturalità*⁸⁴, o per un *cosmopolitismo della differenza*⁸⁵. Tali dislocamenti possono essere efficaci se non

umani. *Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Editorial Dykinson, 2014, p. 9.

82 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt A.M, Suhrkamp, 1993, p. 574.

83 Ivi, p. 581.

84 Flavia Stara (a cura di), *La costruzione del pensiero e delle strategie interculturali*, Lecce, Pensa Multimedia, 2014.

85 Sobre "multiculturalismo emancipatório", cfr. Boaventura de Sousa Santos (Org.), *Reconhecer para Libertar. Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003. Una prospettiva del diritto dell'altro può incontrarsi in Costas Douzinas, *O Fim dos Direitos Humanos*, cit., (in partic. pp. 349-374). Giacomo Marramao parla del «cosmopolitismo della differenza» nel volume *Passaggio a Occidente*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003. La nozione di intercultura viene svolta da Flavia Stara, Massimo Meccarelli, Héctor Samour, Raúl Fornet-Betancourt e altri nel

ignorano la complessità dei trasferimenti culturali e, al contempo, non ricadono in una prospettiva relativista.

Il percorso che qui propongo vorrebbe, con un'incursione nel pensiero amerindio, offrire apporti affinché il dibattito teorico sui diritti umani possa (o meno) realizzare un attraversamento culturale e antropologico. Certo che tale tentativo, di per sé, è anche in essenza *paradossale*, in quanto solo apparentemente abbandona la logica della razionalità occidentale, culla dei diritti umani, per tornare ai diritti umani, pensati con un'altra razionalità, nella quale essi non hanno posto. Se un tale compito, da un lato tradisce il prospettivismo amerindio, forse dall'altro potrebbe aprire porte di un dialogo interculturale capace di far fronte a modelli di tutela che, fino a questo momento, sotto il mantello dei diritti e pertanto di una pretesa inclusione sociale degli indios, hanno prodotto nient'altro che la loro esclusione.

volume curato da Flavia Stara, *La costruzione de pensiero e delle strategie interculturali*, cit.

Bibliografia

- Azevedo Marta Maria, *Diagnóstico da População Indígena no Brasil*, « Ciência e Cultura », 60 (Oct. 2008);
- Brunner Otto, Conze Werner, Koselleck Reinhart, *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politischen-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1978, Band 4;
- Benhabib Seyla, *Another Cosmopolitanism*, Oxford, Oxford University Press, 2008;
- Carneiro da Cunha Manuela, *Índios no Brasil: História, Direito e Cidadania*. São Paulo, Editora Claroenigma, 2012;
- Castiglione Baldassarre, *Il libro del Cortigiano*, a cura di Giulio Preti, Einaudi, Torino 1965;
- Código civil brasileiro de 2002*, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm;
- Costa Sergio, *Dois Atlânticos. Teoria Social, Anti-racismo, Cosmopolitismo*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2006;
- De Giorgi Raffaele, *Temi di filosofia del diritto*, Lecce, Pensa Multimedia, 2006;
- Dispõe sobre o Estatuto do Índio Lei n.6.001*, de 19 de dezembro de 1973, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm;
- Douzinas Costas, *O Fim dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Editora Unisinos, 2009;
- Douzinas Costas, *Os Paradoxos dos Direitos Humanos*, «Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos/UFG», 1, 1, 2011, pp. 31-48;
- Eagleton Terry, *A Ideia de Cultura*, São Paulo, Editora Unesp, 2011;
- Eisenberg Josè, *As Missões Jesuíticas e o Pensamento Político Moderno. Encontros Culturais, Aventuras Teóricas*, Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2000;
- Gomes da Silva Paulo Thadeu, *Os Direitos dos Índios. Fundamentalidade, Paradoxos e Colonialidad*, São Paulo, Editora Café com Lei, 2015;
- Kant Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797; tr. *Metafísica dos Costumes*, Lisboa, Calouste Gulbenkin, 2005;

- Kymlicka Will, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2007;
- Koselleck Reinhart, *Futuro Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona, Buenos Aires e México: Ediciones Paidós, 1993;
- Indigenous and Tribal Peoples Convention*, (Convention n.169/1989, *International Labour Organization* (ILO)), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169;
- Luhmann Niklas, *Essays on Self Reference*, New York, Columbia University Press, 1990;
- Luhmann Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt A.M, Suhrkamp, 1993;
- Luhmann Niklas, *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1995;
- Marramao Giacomo, *Passaggio a occidente*. Torino, Bollati Boringhieri, 2003;
- Meccarelli Massimo, Palchetti Paolo e Sotis Carlo (Eds.), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Editorial Dykinson, 2014;
- Neuenschwander Magalhães Juliana, *O Paradoxo dos Direitos Humanos*, «Revista da Faculdade de Direito da UFPR», 52, 2010, pp. 31-48;
- Neuenschwander Magalhães Juliana, *A Formação do Conceito de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2013;
- Neuenschwander Magalhães Juliana, *Los límites del multiculturalismo en las sociedades multiculturales: formas de inclusión y exclusión*, «forum historiae iuris», 18. August 2014, <http://www.forhistiur.de/en/2014-08-neuenschwander-magalhaes/>;
- Neuenschwander Magalhães Juliana, *Diversidade Cultural e Justiça de Transição (os Casos de Perseguição aos Índios durante a Ditadura Militar e a Transição Política no Brasil)*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, 2015, pp. 1137-1166, <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/44/1148.pdf>;
- Pagden Anthony (Ed.), *The Languages of Political Theory in Early Modern Europe*. Cambridge University Press, Cambridge, 1987;
- Rist Johannes, *Das Aller Edelste Leben der gantzen Welt*. Hambourg, 1663, in Otto Brunner, Werner Conze, Reinhart Koselleck. *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politischen-sozialen Sprache in Deutschland*. Stuttgart, Klett-Cotta, 1978, Band 4;

- Stara Flavia (a cura di), *La costruzione del pensiero e delle strategie interculturali*, Lecce, Pensa Multimedia, 2014;
- de Vitoria Francisco, *De Indis*,¹⁵³²; tr. *Doctrina sobre los indios*, Salamanca, Editorial San Esteban, 1989;
- Viveiros de Castro Eduardo, *A Inconstância da Alma Selvagem*, São Paulo, Cosac Naify, 2002;
- Viveiros de Castro Eduardo, *A Floresta de Cristal*, «Cadernos do Capo», São Paulo, 14/15, 2006, pp. 1-382;
- Viveiros de Castro Eduardo, *A Indianidade é um Projeto de Futuro, não uma Memória do Passado*. Entrevista com Eduardo Viveiros de Castro, in «Prisma Jurídico.», São Paulo, 10, 2, jul./dez. 2011;
- Viveiros de Castro Eduardo, *Metafísicas Canibais*, São Paulo, Cosac Naify, 2015.

FRANCISCO DE VITORIA, JUAN GINÉS DE SEPÚLVEDA,
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS: ENTRE DIVERSIDAD E IGUALDAD

Simona Langella

1. *Francisco de Vitoria*

El 28 diciembre de 1511, Antón de Montesinos, un fraile dominico, tuvo un sermón en la población de La Española denunciando los maltratos sufridos por los *indios* por obra de los *conquistadores*, planteando a la atención de todos los presentes la pregunta: *¿Estos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amarlos como a vosotros mismos?*¹ Esta pregunta se convirtió en el punto de partida para un debate que se desarrolló no solo dentro de la orden dominica, sino que implicó directamente a la corte imperial y a los mayores centros universitarios de la corona española.

Por defender la legitimidad de la *Conquista*, y en respuesta a la denuncia de Antón de Montesinos², el jurista Juan López de Palacios Rubios apeló a la doctrina aristotélica sobre la esclavitud natural³. Dicha teoría la utilizaba él

1 El texto del sermón de Montesinos de 1511 no ha llegado hasta nosotros. Es conocido a través del testimonio de Bartolomé de Las Casas, *Historia de las Indias*, libro III, c. 4, *Obras Completas*, vol. V, Madrid, Alianza Editorial, 1994, pp. 1761-1762. Sobre fray Antón Montesinos, cfr. Ramón Hernández Martín, *El Sermón de Montesinos. Un apunte histórico*, en *El grito y su eco. El Sermón de Montesinos*, Salamanca, SEE, 2011, pp. 11-22. Y también: Gregorio Celada, *La fuerza de la palabra: el Sermón de fray Antón Montesinos*, en *El grito y su eco*, cit., pp. 25-57.

2 La protesta de fray Antón Montesinos estaba dirigida en defensa de todos los indios que vivían de hecho en esclavitud bajo la *encomienda*. Esta institución garantizaba a los indios la protección española, la instrucción religiosa y un miserable salario a cambio del trabajo. La principal función de la *encomienda* era la de procurar una mano de obra prácticamente gratuita. Existía, sin embargo, una distinción, al menos legal, entre la *encomienda* y la verdadera esclavitud civil. En efecto, el indio *encomendado* era formalmente un hombre libre y, aunque no pudiese ejercer su libertad rechazando el trabajar para los españoles, sin embargo, no pertenecía al amo porque, por ley, no podía ser vendido o cambiado con otros indios. Cfr. Antony Pagden, *The fall of natural man. The American Indian and the origins of comparative ethnology*, Cambridge, University Press, 1982; tr. it. *La caduta dell'uomo naturale*, Torino, Einaudi, 1989, pp. 34-37.

3 Se atribuye a este jurista la elaboración del llamado *Requerimiento* (1512), al que los españoles recurrieron durante sus conquistas americanas. Este documento, que debía

por razón de la identificación del esclavo por naturaleza con el bárbaro ⁴. De hecho, en su *Libellus de insularis oceani* ⁵ –escrito en 1513 por invitación del rey Fernando de Aragón–, sostenía el sometimiento de los indios a causa de su misma naturaleza y de sus bárbaras costumbres ⁶. De ese modo, justificaba el derecho de soberanía de la corona española en los territorios indios ya no sobre presuntos derechos políticos de los españoles, sino debido a la naturaleza del mismo pueblo conquistado ⁷. La identificación aristotélica de los esclavos naturales con los bárbaros se extendía de ese modo a los pueblos de Ultramar. Los que tenían interés en demostrar la veracidad de semejante afirmación subrayaban la inferioridad de las costumbres de los indios, poniendo de relieve cómo estas costumbres fueron una señal evidente de barbarie. Esta tesis, sin

ser leído a los *indios* antes de llevar a cabo en su contra cualquier acción de guerra, hacía referencia al poder universal del papa y al poder particular de los reyes de Castilla que habían recibido en donación del pontífice las tierras de Ultramar para evangelizarlas. Cfr. Lewis Hanke, *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*, Philadelphia, University of California Press, 1949; trad. esp., *La lucha por la justicia en la Conquista de América*, Madrid, Ediciones Istmo, 1988, pp. 264-293. Por esas razones, en el caso en que los *indios* hubieran rechazado el vasallaje en relación con los soberanos europeos, podían ser sometidos por la fuerza. Por otra parte, en cualquier circunstancia, se les hubiera predicado la religión cristiana, cuya aceptación sin embargo quedaba libre. Vitoria negó toda validez a este documento considerando ilegítimos los títulos de conquista allí propuestos. Cfr. Ramón Hernández Martín, *Francisco de Vitoria*, en *Filosofía Iberoamericana en la época del Encuentro*, a cargo de Laureano Robles Carcedo, Madrid, Trotta, 1992, p. 238.

4 Cfr. Aristóteles, *Política* I 2, 1252 b 6-9.

5 Cfr. Juan López de Palacios Rubios, *De las Islas del Mar Océano (Libellus De insulis oceanis)*, introducción, texto crítico y traducción de Paulino Castañeda Delgado, José Carlos Martín de la Hoz y Eduardo Fernández, Pamplona, EUNSA, 2013. Cfr. también *De las Islas del Mar Océano. Del dominio de los Reyes de España sobre los Indios*, traducción y notas de A. Millares Carlos, introducción de S. Zavala, México, Fondo de Cultura económica, 1954. El opúsculo fue publicado también por E. Bullón y Fernández, *El problema jurídico de la dominación española en América antes de las «Relecciones» de Francisco de Vitoria*, «Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria», 4, 1931-1932, pp. 99-128.

6 Cfr. Antony Pagden, *La caduta dell'uomo naturale*, cit., pp. 53-59.

7 Cfr. Carlos Baciero, *Libertad natural y esclavitud natural en la Escuela de Salamanca*, en *I diritti dell'uomo e la pace nel pensiero di Francisco de Vitoria e Bartolomé de las Casas. Congresso Internazionale tenuto alla Pontificia Università S. Tommaso (Angelicum)*, Roma 4-6 Marzo 1985, Milano, Massimo, 1988, pp. 181-189. Y también Giuseppe Tosi, *La teoria della schiavitù naturale. Dibattito sul Nuovo Mondo (1510-1573)*, “*Veri domini*” o “*servi a natura*”, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2002 («*Divus Thomas*», 105, 2002), cfr. en particular: pp. 34-55; 78-128.

embargo, con los descubrimientos de los grandes imperios de México y Perú, que revelaban a los europeos la existencia de culturas amerindias desarrolladas, se debilitaba dando así lugar a los ataques de aquellos maestros que desde sus cátedras universitarias defendían los derechos de los *indios*. Entre estos, el primero en denunciar públicamente fue Francisco de Vitoria, que en 1539 pronunciará ante la *Alma Mater* salmantina su célebre *relectio De Indis prior*.

El maestro de la Universidad de Salamanca ya había expresado en 1534 de forma totalmente privada su desdén al hermano de hábito Miguel Arcos por la muerte del rey Atahualpa⁸. La *relectio* de 1539 pronunciada ya a finales de su carrera académica era, por el contrario, una pública denuncia fruto de una profunda y larga reflexión intelectual⁹. Sin embargo, dejando de lado por el momento el análisis de la compleja arquitectura conceptual sobre la que se apoya esta lección magistral, se debe poner de relieve que Vitoria rechazó la identificación de los *indios* con los esclavos naturales por razón del hecho de que los Aztecas y los Incas tenían sociedades organizadas políticamente según una estructura jerárquica y con una economía de mercado. Ahora bien, si para Aristóteles un pueblo era llamado bárbaro precisamente por su incapacidad para formar una *polis*¹⁰, la identificación de los esclavos naturales con los nuevos pueblos descubiertos llegaba a desaparecer o por lo menos no era ya tan fácilmente defendible, porque había –como dice el mismo Vitoria– razones en contrario. En efecto, ellos vivían «in pacifica possessione rerum, et publice et privatim»¹¹ y, por otra parte, tenían «ordinem aliquem in

8 La carta fechada en 8 de noviembre no dice el año de su redacción. Beltrán de Heredia, a quien se debe su hallazgo, le atribuye –a partir de referencias internas– al año 1534. Para la publicación de la carta, cfr. Vicente Beltrán de Heredia, *Ideas del Maestro fray Francisco de Vitoria anteriores a las Relecciones De Indis acerca de la colonización de América, según documentos inéditos*, «Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria», 2, 1929-1930, pp. 32-34. Cfr. también Francisco de Vitoria, *Carta de Francisco de Vitoria al P. Arcos sobre negocios de Indias*, en Francisco de Vitoria, *Relectio De Indis o libertad de los Indios*, Edición crítica bilingüe por L. Pereña y J. M. Pérez Prendes, Madrid, CSIC, 1967, pp. 137-139. Y finalmente Francisco de Vitoria, *Lettera al P. Arcos sulla occupazione delle Indie*, en Francisco de Vitoria, *Relectio De Indis*; trad. it. *La questione degli Indios* con testo a fronte, a cura di Ada Lamacchia, Bari, Levante, 1996, pp. 137-139.

9 Cfr. Simona Langella, *Teología y ley natural. Estudio sobre las lecciones de Francisco de Vitoria*, Madrid, BAC, 2011, pp. 153-157.

10 La *polis* se distinguía del pueblo porque vivía en la más completa autarquía. Cfr. Aristóteles, *Política* I, 2, 1252 b 27-30.

11 Francisco de Vitoria, *De Indis*, en Francisco de Vitoria, *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones Teológicas*, Edición crítica del texto latino, versión española, intro-

suis rebus, postquam habent civitates quae ordine constant, et habent matrimonia distincta, magistratus, dominos, leges, opificia, commutationes, quae omnia requirunt usum rationis, item religionis speciem. Item non errant in rebus quae aliis sunt evidentes, quod est indicium usus rationis. Item Deus et natura non deficiunt in necessariis pro magna parte speciei. Praecipuum autem in homine est ratio et frustra est potentia quae non reducit ad actum [...]. Unde quod videantur tam insensati et hebetes, puto maxima ex parte venire ex mala et barbara educatione, cum etiam apud nos videamus multos rusticorum parum differentes a brutis animantibus»¹².

La conclusión del maestro, inmediatamente después de su análisis del concepto de *dominium*¹³, era que los *indios* eran verdaderos dueños pública y privadamente, ciertamente no identificables con los esclavos naturales de los que hablaba el Estagirita en la *Política*¹⁴. Y añadía: «Ad hoc respondeo quod certe Aristoteles non intellexit quod tales, qui parum valent ingenio, sint natura alieni iuris, et non habeant dominium et sui et aliarum rerum. Haec enim est servitus civilis et legitima, quia nullus est servus a natura. Nec vult Philosophus quod, si qui sunt a natura parum mente validi, quod liceat occupare patrimonium illorum et illos redigere in servitutem et venales facere [...]. Et sic, dato quod isti barbari sint ita inepti et hebetes, ut dicitur, non ideo negandum est habere verum dominium, nec sunt in numero servorum civilium habendi»¹⁵. Así pues, distinguiendo entre la esclavitud civil y legal del derecho romano y la esclavitud natural de Aristóteles, Vitoria subrayaba que aunque los que eran hechos esclavos por ley no pudieran poseer nada, sin embargo nadie era esclavo de este género por naturaleza. Y si también los indios hubieran sido como se decía estúpidos e idiotas, esto no les impedía tener un dominio real, ni justificaba el hecho de que fueran tratados como esclavos según el derecho civil¹⁶. La defensa de Vitoria en favor de los *indios* parece haber incidido directamente en las *Nuevas Leyes de Indias*¹⁷, cuya promulga-

ducción general e introducciones con el estudio de su doctrina teológico jurídica, por el padre Teófilo Urdániz O. P., Madrid, BAC, 1960, p. 651.

12 Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., pp. 664-665.

13 Cfr. S. Langella, *Francisco de Vitoria e il concetto di dominium*, «Ephemerides iuris canonici», 55 2015, pp. 151-174.

14 Cfr. Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., p. 656

15 Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., pp. 665-666.

16 Cfr. Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., p. 666.

17 Con las *Nuevas Leyes de Indias* los *indios* se convertían de pleno derecho en vasallos de la corona española. Cfr. Lewis Hanke, *La lucha por la justicia*, cit., pp. 401-404.

ción en 1542 suscitó insistentes protestas por parte de los *encomenderos* ante la corte imperial ¹⁸. Los argumentos de Vitoria no fueron, sin embargo, suficientes para rechazar de modo definitivo la tesis sobre la esclavitud natural: al contrario, fue retomada y reforzada por Juan Ginés de Sepúlveda, cronista oficial del emperador y su capellán.

2. Juan Ginés de Sepúlveda

Sepúlveda se hará portavoz de las protestas de los *encomenderos* en su *Democrates alter, sive de iustis belli causis apud Indos* compuesto alrededor del 1544 ¹⁹. Aunque, en un primer momento, recibió la aprobación de los censores reales, así como el *nihil obstat* del hermano de Francisco de Vitoria, Diego, y de un experto en derecho civil ²⁰, la obra suscitó las sospechas de algunos representantes del Consejo de las Indias, los cuales intervinieron para impedir su publicación, sometiéndola al juicio de los profesores de la Universidad de Salamanca y de Alcalá de Henares que, a su vez, negaron el *placet* ²¹. Para

18 Cfr. Jaime Brufau Prats, *Introducción*, en Juan Ginés de Sepúlveda, *Obras Completas*, vol. III, Pozoblanco, Ayuntamiento de Pozoblanco, 1997, pp. XIV-XV.

19 El tratado conocido también como *Democrates secundus*, fue publicado por primera vez por Marcelino Menéndez y Pelayo en 1892 con el título *Democrates alter, sive de iustis causis belli apud Indos*, «Boletín de la Real Academia de la Historia», 21, 1892, pp. 257-369, provisto por una breve *Advertencia preliminar* (pp. 257-259) y también por una traducción castellana del texto llevada a cabo por el insigne erudito. Para el presente trabajo se ha utilizado la edición crítica: Juan Ginés de Sepúlveda, *Demócrates segundo*, en *Obras Completas*, vol. III, Pozoblanco, Ayuntamiento de Pozoblanco, 1997. Recuérdese, además, que anteriormente Sepúlveda había compuesto el *Democrates primero o de la compatibilidad entre la milicia y la religión cristiana* sobre compatibilidades de la religión cristiana con el ejercicio del oficio de las armas.

20 Sobre el asenso expreso del hermano de Francisco de Vitoria es el mismo Sepúlveda el que nos informa en una carta suya de 1549. Cfr. Joannis Genesii Sepulvedae, *Epistolae duae ad Melchiorem Canum, et Cani ad eumdem*, en: Joannis Genesii Sepulvedae Cordubensis, *Opera, cum edita, tum inedita*, accurante regia historiae academia, volumen tertium, Matriti, 1780, p. 61. Más en general sobre correspondencia de Sepúlveda, cfr. Ángel Losada, *Juan Ginés de Sepúlveda a través de su "Epistolario"*. *Nuevos documentos*, Madrid, CSIC, 1973.

21 Melchor Cano, Bartolomé de Carranza y Diego de Covarrubias, todos ex-alumnos de Francisco de Vitoria, fueron consultados para examinar el texto del cordobés. Desgraciadamente, del análisis realizado por estos teólogos no ha llegado ningún documento.

Sepúlveda esa prohibición era el resultado de una conjura urdida en su contra por un grupo de teólogos dirigidos por Las Casas. El humanista se opuso a la condena, afirmando que la principal objeción a su *Democrates alter* era la *causa de belli barbarica* y que, en realidad dicha doctrina era irrefutable, no solo porque se basaba en la autoridad de Aristóteles, sino también porque era conforme con la misma ley natural ²².

Sepúlveda, refiriéndose a Aristóteles y al derecho romano, afrontaba en su escrito la *vexata quaestio* del *dominium rerum*. Tal derecho podía únicamente ser ejercido por hombres civiles que no abusaban de las riquezas para cometer injuria contra Dios. Por tanto, a su parecer, las poblaciones de ultramar que no tenían una estructura social adecuada no podían beneficiarse ²³. Partiendo del principio que el superior manda por ley natural sobre el inferior, así como el adulto manda sobre el niño, el macho sobre la hembra, el hombre civilizado sobre el bárbaro ²⁴, añadía que los bienes de la tierra habían sido concedidos a los hombres para usarlos y no para abusar de ellos, y que los *indios*, incapaces de cultivar la tierra de manera apropiada y utilizando el oro con fines idolátricos, profanaban los dones de Dios. Los *indios* eran, por tanto, comparables a un hombre que ha sido privado de sus propiedades por una corte de justicia, pero al que no se le había sido concedido el usufructo (*ius utendi*) hasta la promulgación formal de la sentencia. La llegada de los españoles constituía, pues, la formalización definitiva de lo que el acto sancionado por la divina providencia ²⁵.

Los argumentos de Sepúlveda a favor de una guerra justa contra los *indios* se fundaban en la oposición de simples polaridades que las hacían particularmente aptas al artificio retórico. Para el protagonista del diálogo existían, de hecho, dos sistemas de conocimiento aptos para definir el comportamiento de los hombres: el derecho y la filosofía ²⁶. Los dos sistemas,

²² Cfr. Juan Ginés de Sepúlveda, *Demócrates segundo*, cit., p. 53.

²³ Para Vitoria y sus discípulos, los derechos (*iura*) eran naturales o pertenecían al hombre en cuanto tal. Los indios, en cuanto hombres, gozaban de todos los derechos así como los demás pueblos, comprendido el derecho de propiedad. Sobre esta cuestión cfr. Simona Langella, *Diritti delle genti e diritti umani in Francisco de Vitoria*, en *Genesi, sviluppi e prospettive dei diritti umani in Europa e nel Mediterraneo*, *Atti del Convengo: Genesi e prospettive dei diritti umani in Europa e nel Mediterraneo* (Genova, 26-28 ottobre 2004), a cargo de Simona Langella, Napoli, Guida, 2006, «Civiltà del Mediterraneo», 2005-2006, 8-9, pp. 107-126.

²⁴ Cfr. Juan Ginés de Sepúlveda, *Demócrates segundo*, cit., p. 59 e pp. 63-64.

²⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 107.

²⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 54.

aun no siendo antitéticos, podían contener definiciones opuestas de algunas palabras fundamentales. La palabra *servus*, por ejemplo, tenía un diverso significado en los dos ámbitos. Para el jurista el esclavo era puramente un prisionero de guerra (*mancipium* o esclavo civil), mientras que para el filósofo era una criatura que presenta una innata debilidad mental, además de las costumbres bárbaras o no humanas (*servus* o esclavo por naturaleza) ²⁷. Dentro de los dos ámbitos también la relación entre el esclavo y el amo era concebida de diversa manera. En el primero era puramente servil, mientras que en el segundo era señorial ²⁸. Este último término, usado por Plauto para definir la relación entre el nivel más alto y el más bajo de la jerarquía doméstica ²⁹, es precisamente utilizado por Sepúlveda para referirse a la relación existente entre los españoles y los *indios* ³⁰. En efecto, estos últimos estaban en la más extensa comunidad española, como el siervo doméstico estaba en la casa del dueño. En otros términos, para él el indio era un esclavo natural que poseía algunos derechos análogos a los de los libres servidores domésticos ³¹. Sepúlveda utilizaba dos series de metáforas psicológicas distintas para legitimar los dos diversos tipos de relación establecidas por el derecho y por la filosofía entre el esclavo y el dueño. En efecto, comparaba la supremacía del alma (*anima*) sobre las pasiones, entendidas como fuerzas activas y rebeldes, en relación con el tipo servil, y la supremacía de la mente (*mens seu ratio*) sobre el cuerpo, entendido como pura pasividad, con el tipo señorial ³². Este último tipo de relación implicaba para Aristóteles cierto grado de amistad. De hecho, cuando la relación era natural, esclavo y amo estaban unidos por un recíproco interés y amistad. Al contrario, la relación entre el amo y el *mancipium* o esclavo civil, expresado por la dicotomía “alma-pasiones”, se apoyaba en la tiranía, pues se fundaba exclusivamente en la ley y en la fuerza ³³.

En efecto, Aristóteles concedía cierta facultad de auto perfeccionamien-

27 Cfr. *Ibid.*

28 Cfr. *Ibid.*, p. 55.

29 El adjetivo es recurrente en la obra de Plauto, cfr. por ejemplo, Plauto, *Aulularia*, vv. 587-588 donde se hace referencia al *imperium erile* del amo sobre el siervo.

30 Cfr. Anthony Pagden, *La caduta dell'uomo naturale*, cit., pp. 148-149.

31 Cfr. Juan Ginés de Sepúlveda, *Demócrates segundo*, cit., pp. 130-131.

32 Cfr. *Ibid.*, p. 55.

33 Para Aristóteles, cuando la posición de subordinación entre el esclavo y el amo es definida por naturaleza, existen vínculos de interés y de amistad recíproca; si, por el contrario, se define por ley y a continuación con violencia, ocurrirá lo contrario. Cfr. Aristóteles, *Política*, I, 6, 1255b, 12-15.

to al esclavo natural. Para el Estagirita todas las criaturas, incluso las bestias salvajes, podían aprender por imitación. El esclavo, que participaba de la razón en cuanto podía adquirirla, aunque no pudiese tenerla, en compañía de los hombres libres llegaba a ser mucho más humano de lo que podía llegar a serlo cualquier otro animal exclusivamente sujeto a la impresión de los sentidos ³⁴. En otros términos, el esclavo por naturaleza participaba en la razón solo porque podía adquirirla en parte, sin tenerla propiamente, mientras que los animales obedecían únicamente a las pasiones.

Así pues, para Sepúlveda era razonable que los indios se encontraran en condiciones de recibir una instrucción en los trabajos con esfuerzo, una especie de *episteme* servil, como aquella que señala Aristóteles, impartida a los esclavos tras la recompensa en Siracusa ³⁵. Pero ellos nunca podían ser ciudadanos con pleno título de una república como los demás hombres ³⁶: en efecto, si era verdad que no eran osos o monos, también era verdad que sus facultades mentales eran puramente mecánicas como las de las abejas y de las arañas ³⁷. Sepúlveda argumentaba así que los *indios* pertenecían a la categoría de «esclavo natural» porque eran pueblos bárbaros e inhumanos, que aborrecían todo tipo de vida, costumbres y virtudes civiles ³⁸. Los españoles, con sus dotes de magnanimidad, templanza y devoción no eran tampoco comparables con los *homúnculos* casi privados de humanidad en su completa falta de cultura y de organización civil ³⁹.

En confirmación de esto Demócrites, el protagonista del diálogo, recordando la caída de México, comparaba al noble y orgulloso Cortés con el temeroso y cobarde Moctezuma, argumentando, por otra parte, que un pueblo que menosprecia al propio jefe natural demuestra una vil indiferencia a la patria. Los mexicanos, aunque considerados los más prudentes y audaces –y, en consecuencia, también “los más humanos”– entre los pueblos amerindios,

34 Cfr. Aristóteles, *Política*, I, 5, 1254b, 21-25. Según Juan Ginés de Sepúlveda, con el transcurrir del tiempo, cuando los *indios* se hubiesen hecho más humanos, o sea, cuando los españoles les hubieran transmitido las buenas costumbres y la religión cristiana, será posible tratarlos con mayor libertad y confianza. Cfr. Juan Ginés de Sepúlveda, *Demócrates segundo*, cit., p. 131.

35 Cfr. Aristóteles, *Política*, I, 7, 1255b, 22-26.

36 Para Sepúlveda es contra la justicia distributiva otorgar iguales derechos a personas desiguales. Cfr. Juan Ginés de Sepúlveda, *Demócrates segundo*, cit., p. 130.

37 Cfr. *Ibid.*, p. 67.

38 Cfr. *Ibid.*, p. 66.

39 Cfr. *Ibid.*, p. 65.

debían ser despreciados por su vileza y condenados por su crueldad, comparable solo a la de los Escitas ⁴⁰. Estos pueblos, cuya religión era lo opuesto a una auténtica devoción, eran como cerdos con sus ojos siempre fijos en el suelo ⁴¹. El uso de términos extrapolados del lenguaje de magia (*homúnculos*) o del lenguaje simbólico animal (osos, monos, cerdos, arañas, abejas, etc.) ⁴² para describir a los *indios* evocaba un origen biológico no natural, así como sugería inevitablemente la imagen de una criatura medio humana, cuyo espacio era lo opuesto del mundo civil propiamente humano. Y también si, como subraya Anthony Pagden, Sepúlveda quería solamente decir que el dominio español habría ayudado a los indios a levantarse de su lamentable estado al nivel de los verdaderos cristianos ⁴³, de hecho su retórica tuvo el efecto de relegar a los indios entre las *similitudines hominis*.

No deben, pues, extrañar las fuertes oposiciones suscitadas por el *Democrates alter* en el ambiente universitario, en particular entre los teólogos, donde su obra era juzgada fruto de un hombre *non sani capitis* ⁴⁴. Sepúlveda respondió a esas reacciones publicando en Roma en 1550 la *Apología pro libro De Justis Belli Causis* ⁴⁵. Con este trabajo, quería demostrar que el uso de las fuentes tradicionales escolásticas podía conducir a las mismas conclusiones que su diálogo. El eje argumentativo del *Democrates alter* se omitía y se sustituía por la tesis agustiniana, según la cual la esclavitud es el castigo de un pecado. Ahora bien, es cierto que el humanista sostenía que ese castigo era aplicable a los

40 Cfr. *Ibid.*, p. 66. A este propósito recuérdese que en el libro XIV de las *Etymologiae* se lee: «Scythia inferior [...], quae terra generaliter propter barbaras gentes, quibus inhabitatur, Barbarica dicitur». Isidoro de Sevilla, *Etimología*, XIV, 4, ed. bilingüe, texto latino, versión española y notas por José Oroz Reta y Manuel-A. Marcos Casquero, introducción general por Manuel C. Díaz y Díaz, Madrid, BAC, 2004, p. 1010.

41 Cfr. Juan Ginés de Sepúlveda, *Demócrates segundo*, cit., p. 68.

42 Cfr. *Ibid.*, pp. 67-68.

43 Cfr. Antony Pagden, *La caduta dell'uomo naturale*, cit., p. 152.

44 Bataillon refiere el mordaz juicio de Juan Páez de Castro sobre el cordobés por él expresado en julio de 1546 en el Concilio de Trento en una carta: «En lo del doctor Sepúlveda no sé qué me diga sino que le tengo por hombre *non sani capitis*». Cfr. Marcel Bataillon, *Erasmus y España. Estudios sobre la Historia Espiritual del siglo XVI*, trad. cast., Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 1998, p. 633, nota 36.

45 Se recuerda que la *Apología* tuvo una segunda edición en 1602 en Colonia y una tercera en 1780 en Madrid. Cfr. Juan Ginés de Sepúlveda, *Apología en favor del libro sobre las justas causas de la guerra*, en Juan Ginés de Sepúlveda, *Obras Completas*, vol. III, Pozoblanco, Ayuntamiento de Pozoblanco, 1997, pp. 193-222.

indios por sus crímenes contra la naturaleza ⁴⁶. En síntesis, la *Apologia pro libro De Justis Belli Causis* reducía los argumentos del *Democrates alter* a tres asuntos fundamentales: ante todo, se confirmaba la inferioridad cultural de los *indios*, que, por tanto, necesitaban instrucción ⁴⁷; en segundo lugar, se subrayaba la falta de *dominium* causada por sus pecados ⁴⁸; por último, se afirmaba que las bulas de donación eran un título suficiente para legitimar la *Conquista* ⁴⁹.

3. Bartolomé de las Casas

La insistencia de Sepúlveda en exigir que el *Democrates alter* fuese publicado, expresada también a través de la *Apologia pro libro De Justis Belli Causis*, levantó la indignación del dominico Bartolomé de las Casas, que, aunque no había tenido oportunidad de leer el *Democrates alter*, sino solo una copia en lengua vernácula de la *Apologia pro libro De Justis Belli Causis*, se sintió igualmente responsable de garantizar a los indios un lugar definitivo e irrefutable en la comunidad de los hombres, en cuanto seres humanos y civiles ⁵⁰. Los argumentos de la *Apologia pro libro De Justis Belli Causis*, fundados en una antropología que retenía las formas culturales, el resultado de cualidades innatas, fueron de este modo atacadas por Las Casas en 1550 en su *Argumentum Apologiae*. La obra anticipaba, en algunos puntos, la interpretación evolutiva de la historia desarrollada posteriormente por Las Casas en su ensayo de etnología amerindia *Apologética Historia* ⁵¹. En la prima sección del *Argumentum Apologiae*, Las Casas constataba que el término «bárbaro» era utilizado para

46 Cfr. Juan Ginés de Sepúlveda, *Apología en favor del libro*, cit., pp. 201-202.

47 La necesidad de dar una adecuada instrucción a los *indios* es subrayada también en el *Demócrates segundo*, cit., pp. 132-133.

48 Esta tesis está anticipada en el *Demócrates segundo*, cit., p. 102.

49 El pleno reconocimiento de la bula de donación de Alejandro VI queda afirmado también en el *Demócrates segundo*, cit., p. 99.

50 Cfr. Bartolomé de Las Casas, *Apología o declaración y defensa universal de los derechos del hombre y de los pueblos*, Edición paleográfica y crítica, Vidal Abril Castelló (Dir.), Salamanca, Junta de Castilla y León, 2000, p. 4 (en el presente trabajo se cita por esta edición).

51 Cfr. Bartolomé de Las Casas, *Apologética Historia de las Indias*, por Serrano y Sanz, Tomo I, Madrid, Bailly-Baillière Editores, 1909 (para el presente trabajo se cita por esta edición). Recuérdese también la edición: *Apologética Historia*, en Bartolomé de Las Casas, *Obras Completas*, vol. VI, VII, VIII, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

designar diversos tipos culturales y, así, poniéndose bajo la autoridad no solo de Aristóteles, sino también de Tomás de Aquino, dividía a los bárbaros en cuatro grupos distintos ⁵².

El primero constituía una categoría aparte, porque se aplicaba exclusivamente a cada individuo. En ese grupo se encontraban indistintamente todos los hombres que, a causa de las pasiones, perdían el control de sí mismos, manchándose con el pecado de la *ferocitas*. Esta categoría de bárbaro podía encontrarse en cualquier tipo de sociedad, también en las más evolucionadas. En efecto, dicha categoría se refería a cualquier hombre cruel, inhumano, salvaje y despiadado que obra contra la razón humana ⁵³, incluyendo, de este modo, a los mismos colonos españoles que habían cometido terribles crueldades en sus relaciones con los *indios* ⁵⁴.

El segundo y tercer tipo de bárbaro eran definidos teniendo en cuenta la distinción de santo Tomás entre las cosas que son verdaderas *simpliciter* y las cosas que son verdaderas solo *secundum quid*. Tal distinción entre las cosas que son tales por esencia y las que lo son *per accidens* se convertía en el instrumento de Las Casas para interpretar la condición ontológica de los *indios* ⁵⁵. En particular, el segundo tipo de bárbaro –*secundum quid*– era definido teniendo en cuenta el lenguaje ⁵⁶. En efecto, como el conocimiento (*scientia*) se cristaliza en la palabra escrita, se podía reformular la distinción entre “hombres civiles” y “bárbaros incultos” como distinción entre pueblos en posesión de la escritura y pueblos que estaban privados de ella. Ya Tomás de Aquino había determinado que el lenguaje escrito (*locutio litteralis*), indispensable para el pensamiento científico, era radicalmente distinto de la lengua vernácula (*vulgare idioma*). Esta última servía únicamente para

52 Cfr. Bartolomé de Las Casas, *Apología o declaración*, p. 17. Por lo que respecta a las tres primeras categorías de bárbaro, Las Casas toma el comentario a la *Política* de Tomás de Aquino. Esta cuádruple distinción del término bárbaro es utilizada por Las Casas también en su *Apologética Historia* (cfr. capítulos CCLXIV-CCLXVII, pp. 686-694).

53 «Primo, barbarus, improprie et largiter sumpto vocabulo, significat quemcumque hominem saevum, inhumanum, ferum, immitem et a ratione humana abhorrentem vel ira vel natura». Cfr. Bartolomé de Las Casas, *Apología o declaración*, cit., p. 17.

54 «Et in hoc sensu et graeci et latini et quicumque vel maxime politice viventes appellari possunt barbari». *Ibid.*, p. 18.

55 Cfr. *Ibid.*, p. 21.

56 «Secunda barbarorum species est illorum qui litterali sermone carent suo materno idiomati respondent, sicut nostro, lingua latina, et sic nesciunt eferre in illo quod sentiunt». *Ibid.*, p. 20.

crear y mantener la necesaria cohesión para la supervivencia de la comunidad, mientras que el lenguaje escrito estaba destinado para comprender la naturaleza y para su control ⁵⁷. No por casualidad para Juan de Sepúlveda el hecho de que los indios no poseyeran escritos y confiaran la propia memoria colectiva a la imagen figurada era un indicio seguro de barbarie. La *locutio litteralis* no solo hacía posible la *scientia*, sino, como resulta evidente por la identificación obrada por Juan Ginés de Sepúlveda entre la ausencia de escritura y la presencia de instituciones bárbaras, proporcionaba el medio para codificar las leyes necesarias en la vida civil ⁵⁸.

La segunda categoría de bárbaro podía asimilarse al tipo de hombre que, al vivir en una comunidad, pero sin beneficiarse de la instrucción literaria, era excluido del conocimiento y de la justicia. Sin escritura era imposible dar leyes y en ausencia de la *lex humana*, los hombres podían únicamente basarse en las costumbres tradicionales. Pero esas costumbres, no siempre sometidas a un examen profundo y razonado y no fijadas en algún código escrito, podían a veces alejar a los hombres de la ley natural. Según Las Casas –que leía los textos aristotélicos con categorías de santo Tomás– era propiamente en esta segunda tipología de bárbaros a los que Aristóteles dirigía su propia atención en el III libro de la *Política*, en donde hacía referencia a los pueblos bárbaros que, ineptos en el arte y en el ejercicio de las letras ⁵⁹, estaban en posesión de un gobierno (*principatus*) legítimo, justo y natural ⁶⁰. Refiriéndose al segundo tipo de monarquía descrita por Aristóteles en la *Política*, la asiática ⁶¹, Las Casas observaba que este tipo de gobierno, aceptado voluntariamente, no era propiamente tiránico, sino más bien paternalista, porque asumía las modalidades de una relación de tipo señorial ⁶². Afirmaba, por tanto, que los gobiernos indios precedentes a la *Conquista* eran legítimos, porque los jefes Aztecas e Incas gobernaban según las costumbres y las leyes y dirigían a sus pueblos como parientes ancianos o padres de familia. Lo cual demostraba que sus sistemas de gobierno eran naturales y su autoridad semejante a la ejercida por los padres sobre los hijos, pues la familia está en el origen del estado.

57 Cfr. Tomás de Aquino, *In octo libros Politicorum Aristotelis Expositio*, ediz. it. P. Fr. Raymundi M. Spiazzi O. P., Torino-Roma, Marietti, 1966, Libro I, lectio 1, n. 22, p. 8.

58 Cfr. Juan Ginés de Sepúlveda, *Demócrates segundo*, cit., pp. 65-66 e p. 69.

59 Cfr. Bartolomé de Las Casas, *Apología o declaración*, cit., p. 32.

60 Cfr. *Ibid.*, p. 31.

61 Cfr. Aristóteles, *Política*, III, 14, 1285a, 17-23.

62 Cfr. Bartolomé de Las Casas, *Apología o declaración*, cit., p. 31.

Por eso, estas formas de gobierno eran ciertamente bárbaras, pero bárbaras *secundum quid* ⁶³.

El tercer tipo de bárbaro era definido por Las Casas bárbaro *simpliciter*. Aquí el término era utilizado en sentido estricto y propio ⁶⁴. Se aplicaba a aquellos que, con motivo o de un *impium et pessimum ingenium* ⁶⁵ o de las miserables regiones en que vivían, eran salvajes, feroces, estultos y contrarios a toda razón ⁶⁶. Estos bárbaros estaban privados de leyes y de justicia, no practican la amistad, ni viven en comunidad (*respublica*) o en ciudades constituidas de modo político; no tenían ritos nupciales apropiados y ni siquiera comercio entre ellos ⁶⁷. Vivían una existencia dispersa en los bosques o en las montañas, solo en compañía de sus mujeres, así como de los animales salvajes ⁶⁸. Al ignorar la amistad, constituían una amenaza constante para los hombres pacíficos porque, quien por naturaleza no es social, también es amante de la guerra ⁶⁹. Estos bárbaros correspondían a las criaturas sin tribu, sin leyes, sin casa de los que hablaban Homero y Aristóteles en el I libro de la *Política* ⁷⁰, originarios de la antigua provincia de «Barbaria» ⁷¹, término que

63 «Huiusmodi barbari non simpliciter sed secundum quid barbari dicuntur; hoc est, non sunt proprie barbari sed ex accidenti». *Ibid.*, p. 21.

64 «[...] stricte sumpto vocabulo». *Ibid.*, p. 22.

65 *Ibid.*

66 «Tertia barbarorum species propria ratione et stricte sumpto vocabulo est eorum hominum qui vel impio et pessimo ingenio vel ex infelicitate regionis quam incolunt sunt saevi, feroces, stolidi, stupidi, a ratione alieni, qui neque legibus vel iure gubernantur neque amicitiam colunt neque rempublicam aut civitatem política ratione constitutam habent». *Ibid.*

67 Cfr. *Ibid.*

68 Cfr. *Ibid.* Y añade: «Hi simpliciter et proprie sunt barbari [...]. De his loquitur Philosophus et hos pronuntiat esse natura servos, cum careant naturali principatu, non habentes reipublicae institutionem». *Ibid.*

69 «[...] belli avidi, et ad omnem saevitiam prони, quemadmodum ferae et volatilia raptu viventia, unde non sunt natura liberi sed solum quando sunt domi propter defectum dominantium». *Ibid.*, p. 23.

70 Los bárbaros *simpliciter*, que Las Casas identifica con aquellos de los que Aristóteles razona en el I libro de la *Política*, son los que contraponen a los mencionados en el III libro, que corresponden a la categoría *secundum quid*. Cfr. *Ibid.*, p. 31.

71 Cfr. *Ibid.*, p. 22. A este propósito se lee en el *Diccionario Medieval Español: «Barbaria. f. s. XV. Región de los bárbaros [...], Affrica»*. Martín Alonso, *Diccionario Medieval Español. Desde las Glosas Emilianenses y Silenses (s. X) hasta el siglo XV*, Tomo I, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1986, p. 494.

probablemente indicaba las costas norte africanas. Se les negaba la capacidad de crear cualquier forma de cultura, por estar privados de la razón. Estas criaturas, especificaba Las Casas, que ciertamente eran raras, ocupaban la grada más baja de la escala de la humanidad, que se extendía hasta el extremo límite opuesto, ocupado por los héroes o semidioses y su misma escasez demostraba la unidad y la armonía de lo creado ⁷². Ahora bien, concluía Las Casas, si los verdaderos bárbaros debían ser pocos, admitir que todo un continente estuviese habitado por este tipo de bárbaros quería decir imputar a la naturaleza una imperfección a “vasta escala” ⁷³.

La cuarta y última categoría de bárbaros comprendía a todos los no cristianos ⁷⁴. Todo hombre o toda *gens*, que no esté iluminado por los misterios de la filosofía cristiana, está expuesto a las más atroces barbaries y a los vicios más torpes. Los mismos romanos cometieron horrendos crímenes contra la naturaleza, como testimonian sus juegos sociales y sus observancias religiosas ⁷⁵. De hecho, los *indios*, así como los “demás bárbaros”, podían ciertamente llegar al conocimiento de la ética, de la política y de la economía y, a través de estas ciencias, convivir pacíficamente, pero no podían alcanzar el fin último espiritual. Las comunidades paganas, de hecho, aunque pudieran, a través de la práctica de las virtudes civiles, alcanzar un estado de felicidad por muchos aspectos adecuado a las necesidades naturales de la mayoría de los hombres y una preparación suficiente para acoger el Evangelio, no podían, sin embargo, alcanzar el fin último de la existencia humana. De hecho, más allá de la *communitas fidelium*, ninguna sociedad política –para el fraile dominico– podía aspirar verdaderamente a la felicidad perfecta ⁷⁶.

Queda claro, pues, que de las cuatro categorías analizadas por Las Casas, solo dos hacen referencia directamente a los indios de América. En efecto, si entre ellos, así como entre los europeos, podían existir algunos hombres salvajes y despiadados, que obraban contra la razón, ciertamente, como grupo cultural, ellos eran no cristianos. Por otra parte, para Las Casas, las comunidades indias bien organizadas como, por ejemplo, las de los Aztecas, pertenecían a la segunda categoría de bárbaros ⁷⁷. Estas comunidades vivían según

⁷² Cfr. Bartolomé de Las Casas, *Apología o declaración*, cit., pp. 23-24.

⁷³ Cfr. *Ibid.*, pp. 25-26.

⁷⁴ «Quarta autem barbarorum species pertinet ad alios a fide Christi et sic omnes comprehendit infideles». *Ibid.*, p. 43.

⁷⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 39-41.

⁷⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 41.

⁷⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 34.

criterios políticos y sociales articulados con ciudades regidas por un rey, jueces y leyes dentro de una organización en la que se practicaba el comercio ⁷⁸. Según Las Casas, las ciudades paganas no eran solo, como para Sepúlveda, una simple respuesta a las necesidades naturales, más bien eran también el fruto de una construcción racional, teniendo el poder de civilizar a los hombres. No por casualidad, en la *Apologética Historia*, Las Casas dedicará un amplio espacio a la descripción de las ciudades construidas por los Aztecas ⁷⁹ y por los Incas ⁸⁰, subrayando cómo sus habitantes estaban, en base a los dictámenes de la *Política*, reagrupados en seis clases sociales (campesinos, artesanos, guerreros, acomodados, sacerdotes y jueces) ⁸¹. Lo cual demostraba que todas las comunidades indias eran potencialmente capaces de darse un ordenamiento civil. En efecto, sus leyes respondían a los requisitos fijados por el mismo Estagirita ⁸². Por ejemplo, construían magníficos templos en lugares apartados y elevados, así como prohibían a los campesinos y a los artesanos entrar en el recinto sagrado ⁸³. Ahora bien, si los indios no hubieran sido seres plenamente racionales, no habrían podido concebir una organización política tan compleja y mantenerla en el tiempo. Además, aun estando privados de sistemas de escritura, eran muy versados en las artes mecánicas ⁸⁴.

Al contrario que Juan Ginés de Sepúlveda, que había quitado valor a los *artificia* de los indios, por ser simples productos de facultades imitativas, Las Casas advertía que, aunque las artes mecánicas fueran inferiores a las artes liberales, entraban a formar parte de la misma categoría, porque ambas, ade-

⁷⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 31.

⁷⁹ En la *Apología*, recordando la obra *Historiarum sui temporis* de Paulo Jovio, Las Casas compara la belleza de la laguna de Tenochtitlán a la de Venecia (*ibid.*, p. 34). La comparación aparece de nuevo en la *Apologética Historia* al cap. L, dedicada a la descripción de la ciudad de México. Cfr. Bartolomé de Las Casas, *Apologética Historia*, cit., pp. 131-133.

⁸⁰ Para la descripción de la ciudad de Cuzco y otros lugares de Perú, cfr. Bartolomé de Las Casas, *Apologética Historia*, cit., cap. LVIII, pp. 148-151.

⁸¹ Cfr. Aristóteles, *Política*, VII, 8, 1328b 19-23. Cfr. Bartolomé de Las Casas, *Apologética Historia*, cit., cap. LIX, p. 151.

⁸² Cfr. Bartolomé de Las Casas, *Apologética Historia*, cit., cap. CXXIX, pp. 344-345.

⁸³ Cfr. Aristóteles, *Política*, VII, 12, 1331a 23-36. Cfr. Bartolomé de Las Casas, *Apologética Historia*, cit., cap. CXXIX, pp. 344-345. Cfr. también los capítulos CXXX-CXXXIII, pp. 345-354.

⁸⁴ Cfr. Bartolomé de Las Casas, *Apología o declaración*, cit., p. 33. Cfr. también *Apologética Historia*, cit., capítulos LXII-LXIV, pp. 158-167.

más de ser propiedades del entendimiento operativo, reclamaban el uso de la facultad de decidir, de la que estaban privados los esclavos naturales ⁸⁵. Las Casas añadía, luego, que los indios estaban disponibles para aprender de los españoles todo lo que para ellos era un defecto y que su capacidad de asimilar la cultura europea era un posterior testimonio de sus capacidades intelectuales innatas y de la posesión por su parte de una alma racional ⁸⁶. Pero hay más. Si los indios respondían positivamente a la educación de los misioneros españoles, su comportamiento no natural se atribuía a circunstancias externas. Para Las Casas, pues, la barbarie descubierta en las sociedades indias se debía a una variable cultural, que podía ser individualizada, antes de nada, en lo que Tomás definía como una larga exposición a costumbres perversas ⁸⁷. Se debía reconocer, así, a los *indios* el estatuto ontológico de personas dentro de la universal fraternidad humana ⁸⁸.

85 «Ars mechanica habitus est intellettus operativus quae definiri solet recta ratio rerum factibilium, actuum rationis directiva, per quam homo artifex in ipso rationis actu ordinate, faciliter ac sine errore procedit». Bartolomé de Las Casas, *Apología o declaración*, cit., p. 33.

86 Cfr. *Ibid.*, p. 342. Y también *Apologética Historia*, cit., cap. CCLXIII, pp. 683-686 donde afirma: «Todas estas gentes destas nuestras Yndias [...] son todas naturalmente de muy sotiles, vivos y claros y capacísimos entendimientos. [...] Se les siguió por via natural primero, y despues por su industria y esperiencia, ser dotadas de las tres especies que ay de prudencia monástica, por la cual el hombre sabe regir á sí mismo; económica, que sabe regir á su casa, y política, que ordena y dispone para regir la ciudad». *Ibid.*, pp. 683-684.

87 Cfr. Tomás de Aquino, *In octo libros Politicorum*, cit., Libro I, lectio 1, n. 22, p. 8. Y también Bartolomé de Las Casas, *Apologética Historia*, cit., cap. CCLXIV, p. 689.

88 Hay que señalar que de los cuatro significados atribuidos al término *bárbaro* por Las Casas, los tres primeros han sido recogidos por el lexicógrafo Sebastián de Covarrubias Orozco en su *Tesoro de la lengua castellana o española*, publicado en Madrid en 1611, donde en la voz «Bárbaro» se lee: «Este nombre fingieron los griegos de la grosera pronunciación de los extranjeros, que procurando hablar la lengua griega la estragaban, estropeándola con los labios, con el sonido de βάρβαρ, *barbar* [...]. De aquí nació el llamar bárbaros a todos los extranjeros de la Grecia, a donde residía la monarquía y el imperio. Después que se pasó a los romanos, también ellos llamaron a los demás bárbaros, fuera de los griegos; finalmente a todos los que hablan con tosquedad y grosería llamamos bárbaros, 2. y a los que son ignorantes sin letras, a los de malas costumbres y mal morigerados, a los esquivos que no admiten la comunicación de los demás hombres de razón, que viven sin ella, llevados por sus apetitos, y finalmente los que son despiadados y crueles». Sebastián de Covarrubias Orozco, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Edición de Felipe C. R. Maldonado, Madrid, Editorial Castalia, 1995, p. 166. Siempre a este propósito recuérdese que el *Diccionario Medieval Español* refiere únicamente bajo la voz «Bárbaro,

4. *La teoría de la esclavitud natural*

En el debate analizado la teoría de la esclavitud natural, expresada por Aristóteles en la *Política*, llegaba a ser por parte de algunos una mampara para legitimar en la conciencia europea una estigmatización del otro como distinto de sí ⁸⁹. De hecho, este texto ofrecía el principio para interpretaciones diversas, a veces ciertamente opuestas. Sin embargo, ninguno de los autores principales de esta discusión ponía de relieve una aporía, inherente en la doctrina aristotélica ⁹⁰. Efectivamente, mientras la institución de la esclavitud civil se fundaba en una norma positiva ⁹¹, la esclavitud natural tenía su origen en la misma psicología del esclavo ⁹². Este último, para Aristóteles, era un hombre cuyo entendimiento no estaba en condiciones de lograr el dominio sobre las propias pasiones, aunque pudiese aprender nociones aptas para la imitación, porque estaba dotado de sensatez, aunque no de sabiduría ⁹³. El esclavo por naturaleza participaba de la razón solamente en cuanto podía aprenderla, pero no poseerla propiamente ⁹⁴. Excluido de la facultad especulativa más elevada que consiente al hombre practicar la virtud, el esclavo natural no podía acceder ni a la felicidad, ni a la vida política; en otras palabras, estaba privado de la misma humanidad, porque era incapaz de deliberar y, en consecuencia, de obrar moralmente ⁹⁵. Pero sobre el hecho de que el esclavo fuese un hombre, Aristóteles no tenía dudas ⁹⁶. Por otra parte, si el esclavo por naturaleza era un hombre y, por tanto, constituido de un cuerpo y de un alma racional, no podía estar privado de la capacidad deliberativa, que es el elemento específicamente racional. Esta afirmación estaba, pues, en contraste con la

-ra (gr. Bárbaros, extranjero) adj. s. XIII al XV. De cualquiera de los pueblos que en el s. V abatieron el imperio romano y se difundieron por Europa [...]. Dícese de los individuos de los pueblos que eran o se tenían por poco civilizados». Martín Alonso, *Diccionario Medieval Español*, cit., Tomo I, p. 495.

89 Cfr. Tzvetan Todorov, *La conquête de l'Amérique: la question de l'autre*, Paris, Éditions du Seuil, 1982.

90 Cfr. Enrico Berti, *Storicità ed attualità della concezione aristotelica dello stato*, «Verifiche», 3-4, 1978, pp. 334 - 335.

91 Cfr. Aristóteles, *Política* I 6, 1255 a 4 -12.

92 Cfr. Aristóteles, *Política* I 4-5, 1254 a 13 - 1255a 3.

93 Cfr. Aristóteles, *Política* I 5, 1254 b 21-25.

94 Cfr. Aristóteles, *Política* I 5, 1254 b 23-25.

95 Cfr. Aristóteles, *Política* I 13, 1260 a 10-14.

96 Cfr. Aristóteles, *Política* I 4, 1254 a 14-17.

misma antropología aristotélica ⁹⁷. Quizá, una tímida e incómoda alusión a la presencia de esa aporía presente en el pensamiento del Estagirita se puede vislumbrar en Vitoria, cuando en la *De Indis* afirmaba: «Certe Aristoteles non intellexit quod tales, qui parum valent ingenio, sint natura alieni iuris, et non habeant dominium et sui et aliarum rerum. Haec enim est servitus civilis et legitima, quia nullus est servus a natura» ⁹⁸. Alusión, que Vitoria por otra parte olvidaba luego rápidamente. En efecto, el maestro legitimaba el *dominium rerum* de los *indios* por medio de la idea de la *imago Dei* ⁹⁹, evitando hábilmente un “ataque frontal” a la doctrina aristotélica de la esclavitud natural ¹⁰⁰.

⁹⁷ Enrico Berti indica en la afirmación de la naturalidad de la esclavitud el límite histórico de la teoría política de Aristóteles: «La sua storicità è costituita fondamentalmente dalla dottrina, chiaramente “ideologica”, dell’inferiorità naturale degli schiavi (e in parte anche delle donne) rispetto agli uomini liberi [...]. Si tratta [...] di un tentativo di giustificare razionalmente una situazione di fatto, cioè una realtà storica, d’altra parte inevitabile e considerata a quel tempo naturale». Enrico Berti, *Storicità ed attualità*, cit., p. 357. También para Gerhard Seel la estratagema que Aristóteles inventa para poder legitimar la institución de la esclavitud concuerda mal con la definición aristotélica que habla del hombre animal racional. Cfr. Gerhard Seel, *La giustificazione del dominio nella «Politica» di Aristotele*, en *Etica, Politica, Retorica. Studi su Aristotele e la sua presenza in età moderna*, a cargo de Enrico Berti e Linda M. Napolitano Valditara, L’Aquila - Roma, Japadre Editore, 1989, p. 71.

⁹⁸ Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., p. 656.

⁹⁹ En la base de su concepción se encontraba la noción bíblico-patristica alabada por los pensadores medievales de la *imago Dei*, o de la presencia en el hombre de una huella de lo divino y de una apertura ontológica suya a ellos. El hombre precisamente en cuanto *capax Dei* era, para Vitoria, *capax dominii*. En otros términos, se fijaba en querer proponer el *dominium* como derecho natural inalienable y los *indios*, en cuanto portadores de derechos naturales, también eran *veri domini*: «Dominium fundatur in imagine Dei. Sed homo est imago Dei per naturam, scilicet, per potentias rationales. Ergo non perditur per peccatum mortale»; Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., p. 654). Pero lo que se debe subrayar aquí es que, para Vitoria, los hombres ante todo son todos libres por derecho natural; Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., p. 665.

¹⁰⁰ También para Bartolomé de Las Casas la libertad y el *dominium* eran concebidos como derechos originarios concedidos por Dios al hombre en cuanto *imago Dei*. Y es en este sentido en el que él afirmaba: «Valeat Aristoteles! A Christo enim qui est Veritas Æterna habemus: *Diliges proximum tuum sicut te ipsum (Matthei 22º)* [...]. Si indos quaeritis ut blande, ut modeste, ut leniter, ut humaniter denique ut christiane instruatis illos verbo Dei, et ope adducatis ad ovile Christi [...], apostolicum opus peragitis [...]; sin ut ferro, flammis, cedibus, imposturis, violentia, tyranide, saevitia ac plusquam barbara immanitate absumatis ac diripiatis populos innocentissimos, paratos abstinere a malo et

Sin embargo, incluso sin atreverse a atacar directamente al Filósofo, Vitoria observaba que muy probablemente el Estagirita no pretendía decir que los que tienen escaso ingenio son por naturaleza esclavos y no tienen dominio sobre sí mismos y sobre las cosas, pues «nadie es siervo por naturaleza». Mucho menos –a su parecer– Aristóteles sostenía que los que son por naturaleza de escasa inteligencia pueden estar privados de sus bienes, reducidos a la esclavitud y vendidos como mercancía ¹⁰¹. Más bien el Estagirita intentaba decir que había en ellos una necesidad natural de ser gobernados, así como el hijo necesita obedecer a los padres o la mujer estar por debajo del marido, pues es más provechoso para ellos estar sometidos ¹⁰². Que esta fuese la intención del Filósofo para Vitoria era evidente, porque Aristóteles afirmaba, al mismo tiempo, también que hay algunos que por naturaleza están dotados de inteligencia vigorosa y han recibido la facultad para regir o gobernar a los otros ¹⁰³.

Ahora bien, hay que anotar que, dentro del *oikos*, Aristóteles distinguía el dominio despótico del amo sobre el esclavo del real del padre sobre los hijos, así como del de tipo aristocrático del marido sobre su mujer ¹⁰⁴. Y mientras para Aristóteles el dominio despótico se ejercía entre hombres libres sobre hombres no libres, los otros dos tipos de dominio se ejercían –y aquí está el nervio de la cuestión– solo entre hombres libres ¹⁰⁵. Decir, pues, que los españoles podían ejercer un dominio en ciertos casos de tipo regio o político sobre los indios, pero no despótico, significaba afirmar no solo su capacidad de poseer, sino también su misma libertad. Esa libertad por otra parte la defendía Vitoria no solo en un plano filosófico, sino también teológico cuando afirmaba desde su cátedra de *Prima theologiae*: «Imago [sc. Dei] consistit in hoc quod est habere placitum et dominium suorum actum per libertatem» ¹⁰⁶.

ad suscipiendum verbum Dei, filij diaboli estis et predonum omnium immanissimi». Bartolomé de Las Casas, *Apología o declaración*, cit., p. 29. En efecto, la teoría de la esclavitud natural era ante todo rechazada por Las Casas no por falta de coherencia especulativa –así como parecería dar a entender Vitoria–, sino, más bien, porque era inconciliable con la concepción cristina del hombre como *imago Dei*.

101 Cfr. Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., p. 665.

102 Cfr. Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., p. 665.

103 Cfr. Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., p. 665.

104 Para el paralelismo entre formas de autoridad política y formas de autoridad familiar, cfr. Aristóteles, *Ética Nicomachea*, VIII, 12, 1160b, 22– 1161a, 9. Cfr. también Aristóteles, *Política* I, 12, 1259 b, 2–5.

105 Cfr. Aristóteles, *Política* I, 12, 1259b, 2–3.

106 Biblioteca Apostolica Vaticana, ms. Vat. Lat. 4630, f. 2r.

Con todo esto queremos poner en evidencia que la defensa de los indios por parte de Vitoria es teóricamente más incisiva porque, a diferencia de la de Las Casas, que se limita a interpretar la inferioridad de los indios con un hecho puramente accidental, sin herir ni poner en discusión la teoría aristotélica, él pone de relieve la imposibilidad ontológica afirmando que «nadie es siervo por naturaleza», o sea por esencia.

5. *Diversidad en la igualdad*

Esta última observación nos permite también desarrollar algunas reflexiones sobre la arquitectura conceptual contenida en *De indis*. Como ya se sabe, en la segunda parte de la *relectio* de 1539, después del examen de una serie de títulos reconocidos generalmente como válidos y por él rechazados, Vitoria ofrecía una serie de títulos legítimos en base a los cuales los españoles habrían podido justificar su presencia en América. Esta segunda parte ha dado lugar a una devaluación de la reflexión de Vitoria, porque se ha visto en ella la tentativa de ofrecer una justificación a la *Conquista* española. Tal juicio, en realidad, no asume la verdadera estructura de la *De indis* que se lee e interpreta teniendo siempre en presente la complementariedad de sus dos partes: *destruens* y *costruens* ¹⁰⁷.

Del examen de títulos legítimos expresados en la segunda parte surge ante todo la novedad de la posición de Vitoria que tenía sus raíces en una nueva visión: la sociedad natural de todos los pueblos. Respecto a los otros protagonistas del debate analizado, Vitoria ponía la cuestión en un plano diverso: el de la sociedad y la comunicación natural, que da lugar al derecho a la

¹⁰⁷ El primer título de esta segunda parte de la *De Indis*, proponía el tema de los derechos de los españoles que tenían para recorrer las tierras descubiertas y permanecer en ellas sin causar daño a los indígenas. En el segundo, se volvía a tomar la cuestión de la legitimidad de propagar la fe cristiana. El tercero, el cuarto y el quinto título concernían a los derechos de los nativos convertidos para ser defendidos hasta prever, frente a los príncipes que imponían la idolatría, el *iustum belli*. El sexto y el séptimo título declaran también los derechos de los indígenas que estaban en lucha entre ellos a valerse con libre elección de la ayuda y de la administración de los españoles. El último título, por fin, concernía a la utilidad para los pueblos descubiertos de aceptar la administración y el gobierno de los reyes de España desde el momento en que ellos no conocían la ciencia y las artes mecánicas y no tenían una agricultura y un artesanado avanzados. Pero sobre la validez de este último título Vitoria tenía serias dudas. Cfr. Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, pp. 704-726.

comunicación. La condición de que el hombre sea sociable es, pues, el título principal y fundamental que permite una lectura unitaria de su *relectio* sobre la *quaestio De Indis*. Al poner el título de la comunicación como premisa de su especulación, al que todos los demás títulos deben ser referidos, Vitoria superaba las contradicciones aparentes. En efecto, dichos títulos no aparecen más como autónomos e independientes, sino como “agresiones” a un único derecho: al de la comunicación ¹⁰⁸. Tampoco la intervención “cultural o humanitario” representa una renuncia a la racionalidad y a la libertad humana, ni a la necesidad de respetar las costumbres de las poblaciones indígenas ¹⁰⁹. Más bien, cuando en el proceso comunicativo determinadas formas de vida social y política o determinadas costumbres lesionen derechos esenciales de los sujetos que las practican o incluso de inocentes, entonces un deber natural de solidaridad y de humanidad se imponen para contribuir a la mejora de una situación ya comprometida ¹¹⁰.

Así pues, Vitoria había asimilado bien la lección del Estagirita, el cual había clarificado cómo la capacidad de intercambiar ideas y experiencias a través del lenguaje es un atributo específico del género humano. Sin comunicación no puede darse conocimiento entre los hombres y tampoco pueden existir relaciones basadas en la cooperación: en otros términos, sin ella no es posible la sociedad humana. Una inclinación natural, pues mueve al hombre a formar las sociedades, que están constituidas para que todo hombre, por medio de la ayuda recíproca con sus semejantes, lleve a cumplimiento su propia naturaleza. Por lo demás, la vida en sociedad no es exigida solo únicamente para superar las dificultades físicas y materiales a las que el hombre debe hacer frente, sino también para el desarrollo mismo de sus facultades superiores: ni el entendimiento, ni la voluntad pueden perfeccionarse en soledad. La misma virtud, como afirma Aristóteles, no puede darse si no hay comunicación y amistad entre los hombres. Facilitar y no impedir la comunicación entre los hombres y entre las diversas sociedades le orienta así a un derecho subjetivo: el del *ius communicandi*.

Lo que no ha sido bastante subrayado es que el razonar de Vitoria se des-

108 Cfr. Antonio Enrique Pérez Luño, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 86-89. Y también Isabel Trujillo Pérez, *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, Torino, Giappichelli Editore, 1997, pp. 31-34.

109 Según Todorov se trata en realidad de una justificación para la guerra. Cfr. Tzvetan Todorov, *La conquête de l'Amérique*, cit., p. 190.

110 Cfr. Pérez Luño, *La polémica sobre el Nuevo Mundo*, cit., p. 90.

pliega a partir de la constatación de una correlatividad existente entre derecho natural y derechos subjetivos ¹¹¹. Afirmar un ordenamiento justo de las relaciones humanas significa para él dar por adquirida una estructura de derechos y deberes ¹¹². Así pues, pare el Maestro dominico la idea de *ius naturale* no solo es compatible con la de derechos subjetivos, sino que hasta son complementarios ¹¹³. Efectivamente, del mismo concepto de derecho natural deduce los derechos subjetivos, tanto los de los *indios* como los de los europeos, pues se trata de la fuente originaria tanto de los derechos como de los deberes ¹¹⁴.

111 Para Vitoria el *ius naturale* es que es bueno por sí mismo: «*Ius naturale est bonum de se sine ordine ad aliud*». Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda secundae*, Edición preparada por el R. P. Vicente Beltrán de Heredia, O. P., vol. III, Salamanca, Biblioteca de Teólogos Españoles, 1934, q. 57, a. 3, p. 14. Son de derecho natural todos los derechos concretos, como el *ius peregrinandi*, el *ius degendi*, el *ius negotiandi* etc., que se refieren a la idea de los pueblos como sujetos dinámicos y que obran sobre la base del *ius societatis et communicationis*.

112 Por lo demás, el derecho natural, así como fue concebido en la cultura clásica y posteriormente en la medieval, y la reivindicación de derechos individuales, ya propia de la Edad Media, siguen caminos paralelos. Cfr. Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights. Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta-Georgia, Scholars Press for Emory University, 1997; tr. it. *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 56-57.

113 Aunque no estemos faltos de lecturas historiográficas que han presentado conceptos contradictorios, la idea de *ius naturale* no solo es compatible con la de derechos subjetivos, sino que, como sostiene Tierney, en un determinado sentido pueden haber sido pensadas como complementarias. Cfr. Brian Tierney, *L'idea*, cit., pp. 57-58. Para él, la tesis que contrapone el significado objetivo de *ius* al subjetivo, no solo está sin fundamento histórico, sino también teórico. El significado de *ius* en sentido objetivo y el de *ius* en sentido subjetivo no son, en efecto, conceptos contradictorios –como por ejemplo piensa Michel Villey–, sino más bien correlativos. Cfr. Brian Tierney, *L'idea*, cit., p. 56. Al contrario, el neotomista Villey niega cualquier conexión entre el derecho natural y al ámbito de los derechos subjetivos; a su parecer, la noción de derecho subjetivo es lógicamente incompatible con el derecho natural clásico. Cfr. Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968, p. 227.

114 «*Pro cuius probatione praemitto quod aliqua se habent tripliciter ad ius naturale: Quaedam enim sunt de se inhonesta semper, quae scilicet in nullo casu licitae fieri possunt, ut periurium et adulterium. Sicut e contrario, quaedam semper et per se sunt honesta et rationi consona, ut Deum colere, parentes venerari et similia. Hoc ius naturale dicitur necessarium sive immutabile. Alia sunt de se quidem inhonesta et prohibita iure naturali, sed quandoque propter graves causas possunt licite fieri. Sicut e contrario, sunt aliqua honesta quidem et consona rationi et principiis moralibus, seclusa etiam omni*

Tanto en la primera parte de la *De Indis*, en la que el maestro enumera los títulos ilegítimos para la *Conquista*, así como en la segunda parte de la *relectio*, en la que se analizan los legítimos, se encuentra siempre el derecho natural a constituir el nervio de sus argumentos. Así a los europeos, lo mismo que a los indios, se les reconocen los derechos y complementariamente los deberes.

Los títulos ilegítimos de conquista van contra el derecho natural, porque privan a los *indios* de su derecho a la propiedad, al auto gobierno y a la libertad ¹¹⁵. Por tanto, los españoles no pueden privarles de sus tierras: todos los pueblos tienen el derecho de poseer propiedades y de establecer gobernantes. La cuestión la resuelve así Vitoria a la luz del derecho natural, que en origen había otorgado un dominio al género humano.

Del mismo modo, en el caso en que están los *indios* para privar a los españoles del derecho natural de transitar por sus tierras ¹¹⁶ y de comerciar igualmente con ellos ¹¹⁷ –un derecho que nace de la disponibilidad originaria y universal de los bienes comunes y de la *cognatio* ¹¹⁸ de los hombres entre ellos,

lege positiva imo praecepta lege naturali. Sed tamen non habent bonitatem immutabilem vel necessariam, sed secundum diversas temporis, loci et personarum circumstantias et conditiones varietatem recipiunt, ut servare fidem, reddere debitum, non habere plures uxores et similia. Alia sunt quae non sunt quidem prohibita iure naturali sed inter minora bona computantur. Quale fortasse est matrimonium respectu caelibatus, de quibus Paulus 1. Cor. 6, 12: *Omnia mihi licent sed non omnia expediunt*. Horum contraria naturali iure sunt approbata tamquam meliora quidem, sed non ut necessaria absolute loquendo. Fortasse caelibatus (sicut diximus) iure naturali praefertur matrimonio; non tamen alterum est in praecepto, alterum prohibitum. Rationes enim Pauli 1 Cor. 7, 26, quibus praefert caelibatum matrimonio videntur procedere in iure naturali. Item, paupertas melior est divitiis, neutrum tamen sub praecepto [...]. Et omnino absurdum est et parum pium dicere quod Deus legem condiderit contrariam legi naturali primaevae». Francisco de Vitoria, *De matrimonio*, en *Obras*, cit., pp. 929-930.

115 «[...] in iure naturali homines liberi sunt». Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., p. 669.

116 «Apud omnes enim nationes habetur inhumanum sine aliqua speciali causa hospites et peregrinos male accipere. E contrario autem humanum et officiosum habere bene erga hospites; quod non esset si peregrini male facerent, accedentes ad alienas nationes. Secundo, a principio orbis (cum omnia esset communia) licebat unicuique in quamcumque regionem vellet, intendere et peregrinari. Non autem videtur hoc demptum per rerum divisionem». Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., p. 706.

117 Cfr. Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., pp. 708-709.

118 «Ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob

establecida por la misma naturaleza—, o a obstaculizar la evangelización ¹¹⁹ y perseguir a los convertidos ¹²⁰ o incluso a prejuzgar a los inocentes ¹²¹, en síntesis, a no respetar los dictámenes del *ius gentium*, que se funda en el derecho natural, entonces ellos cometen injusticia y son punibles.

Estas últimas consideraciones relativas a los derechos de los españoles, como queda subrayado arriba, fueron incomprendidas e interpretadas como un modo por parte de Vitoria para dar una base legal a las guerras de colonización ¹²². En realidad, la especulación de Vitoria mira al reconocimiento de una igualdad real, no solo formal, que coloca a los sujetos en un mismo plano, donde derechos y deberes se corresponden necesariamente. En efecto, Vitoria reconoce al *indio* como sujeto racional, libre, portador de derechos y, por tanto, inserto en la compleja trama del orden de la justicia natural, en la que derechos y deberes se entrecruzan necesaria y complementariamente.

Los títulos ilegítimos, así como los legítimos para la conquista de las tierras de ultramar, nacen del pleno reconocimiento por parte de Vitoria de una

tutelam corporis sui fecerit. Iure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse». *Digesta* I, 1, 3.

119 Cfr. Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., pp. 715-719.

120 Cfr. Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., pp. 715-720.

121 Cfr. Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, cit., pp. 720-721. Para Vitoria, una grave violación del derecho natural es justo motivo para la figura de intervención conocida como intervención *humanitatis causa*. En este aspecto, en el comentario al *De Legibus* del 1534, q. 105, a. 2, encontramos una afirmación acerca del respeto de la vida de quien es inocente que Vitoria profundizará inmediatamente después: «Rex pro nulla causa et pro nulla utilitate reipublicae potest condere legem quod occidantur innocentes, etiam contra infedele, quia est contra praeceptum juris naturalis». Francisco de Vitoria, *De Legibus*, Introducción por Simona Langella, Transcripción y notas por José Barrientos García y Simona Langella, Traducción en italiano por Simona Langella y Traducción en español por Pablo García Castillo, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2010, p. 270. En su comentario a la II-II, desarrollando posteriormente este principio —que encontrará justamente su maduración en la *relectio De Indis*—, llega a afirmar: «Potest imperator etiam non subditum suum defendere ne occidatur injuste. Scriptura enim dicit: *Eripe eos qui ducuntur ad mortem* (Prov. 24, 11). Et sic posset imperator juste ducere bellum contra turcam, si turca permetteret innocentes in suis terris occidi». Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda secundae*, cit., vol. I, 1932, q. 10, a. 8, p. 194.

122 Según el estudioso búlgaro, se ha acostumbrado a ver en Vitoria un defensor de los indios, pero bajo la capa de un derecho internacional fundado en la reciprocidad, «il fournit en réalité une base légale aux guerres de colonisation». Tzvetan Todorov, *La conquête de l'Amérique*, cit., p. 191.

subjetividad jurídica atribuida a los europeos, así como a los *indios*: la primera parte sobre títulos ilegítimos y la segunda parte sobre títulos legítimos de la *De Indis* son una en relación con la otra, porque a los europeos, así como a los *indios*, les fueron reconocidos los derechos y, por eso, los deberes. Para Vitoria, se trata de la estructura racional de la misma realidad de la que, en último análisis, es expresión el derecho natural que asegure tal reciprocidad de derechos y de deberes. En suma, el criterio al que apela Vitoria es el de la *recta ratio* ¹²³, criterio de medida para la acción de todo hombre, sello de toda posible convivencia social y único y verdadero fundamento para una comunicación intersubjetiva ¹²⁴. Pero la *recta ratio* no es solo un criterio de acción, para Vitoria, es también el criterio en relación al cual todo hombre constituye su identidad y, por eso, su inter-subjetividad.

Así pues, a la luz de estas consideraciones, una lectura como la de Tzvetan Todorov resulta muy discutible. Para Todorov, Vitoria encarna un pensamiento en el que no hay ninguna verdadera igualdad entre españoles e *indios* ¹²⁵. De hecho, según el estudioso búlgaro, aunque Vitoria hubiese demolido las justificaciones habituales y corrientes de la *Conquista* en América, él defendía que las guerras justas eran posibles. Recurriendo a razones que apelan al principio de reciprocidad, como por ejemplo el derecho natural de sociabilidad y comunicación o el derecho a comerciar, y que se aplican indiferentemente a los *indios* y a los españoles, el dominico no tenía en cuenta que son estos últimos los que eligen los criterios sobre los que se decidía si una guerra era justa o no. En el pensamiento de Vitoria, los españoles, a diferencia de los *indios*, no son solo parte en la causa, sino también jueces ¹²⁶, porque elegían los criterios en base a

123 Vitoria declara explícitamente que son de ley natural todas las cosas que son conformes a la recta razón: «Illa sunt de lege naturae quae sunt conformia rationi rectae». Francisco de Vitoria, *De Legibus*, p. 190 (q. 100, a. 1). Repite también que el acto que va contra el dictado de la razón es malo. Cfr. Francisco de Vitoria, *De Legibus*, cit., p. 208 (q. 100, a. 8) y que todas las leyes son dadas a propósito de actos virtuosos. Cfr. *ibid.*, p. 210.

124 Cfr. Aristóteles, *Ética Nicomachea*, VI, 1, 1138b.

125 Cfr. Tzvetan Todorov, *La conquête de l'Amérique*, cit., pp. 189-191.

126 Resulta difícil pensar que sea esta la perspectiva de Vitoria, quien afirma, a propósito de la muerte por parte de un ciudadano privado del gobernante que ejerce el poder tiránicamente, que es contra el derecho natural que alguien sea al mismo tiempo actor, juez y ejecutor de la condena: «quia est contra jus naturale quod quis sit actor, iudex et exequutor; sed talis esset qui private occideret tyrannum secundo modo: ergo non licet illum occidere». Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda secundae*, cit., vol. IV, 1934, q. 64, a. 3, p. 287.

los cuales se pronunciaba la sentencia; por ejemplo, eran ellos los que decidían que el sacrificio humano era tiranía, pero no la masacre ¹²⁷. Según Todorov, se está acostumbrado a ver en Vitoria un defensor de los *indios*, pero, en realidad, bajo la cobertura de un derecho internacional fundado en la reciprocidad, proporcionaba una base legal a las guerras de colonización ¹²⁸. Conclusión, a nuestro parecer, apresurada. No es posible eliminar de este modo el trabajo que desarrolló Vitoria en más de diez años de investigación intelectual ¹²⁹. Reflexión que le permitió de hecho, como reconoce el mismo Todorov, de poner las bases de un posible nuevo orden internacional ¹³⁰. Sin embargo, esta lectura de la obra de Vitoria, como mampara para justificar en último análisis una vuelta a la *Conquista*, se presenta con frecuencia en el ámbito historiográfico ¹³¹.

En realidad el “conservador” Vitoria estaba un paso más adelante respecto a la posición del mismo Bartolomé de Las Casas, definida por el mismo Todorov incapaz de aceptar la diferencia en la igualdad y, de ahí, a aplanar al otro “refiriéndolo a sí”, plegándolo a la propia identidad ¹³². En efecto, Las Casas, según Todorov, anulaba la diferencia y no reconocía al otro como distinto de sí.

Vitoria demuestra, por tanto, un pensamiento más abierto, respecto a su hermano de hábito, a las nuevas categorías de la modernidad, porque la igualdad a la que mira se basa en la capacidad de cada hombre a ser portador, de igual modo, de derechos y deberes y esto por ser racional. En otros términos, Vitoria pensó en las condiciones de posibilidad para vivir la “diferencia en la igualdad” o “la igualdad en la diversidad” yendo más allá de una visión que convierte la diferencia en desigualdad, así como la de Sepúlveda ¹³³, o que transforma la igualdad en identidad.

127 Cfr. Tzvetan Todorov, *La conquête de l'Amérique*, cit., p. 190.

128 Cfr. *Ibid.*, p. 191.

129 La reflexión de Vitoria sobre la naturaleza del poder comienza de hecho en 1528 con la *De potestate civili*.

130 También el estudioso búlgaro reconoce en Vitoria uno de los «fondateurs du droit international moderne». Tzvetan Todorov, *La conquête de l'Amérique*, cit., p. 228.

131 Piénsese en los análisis de Luigi Ferrajoli, *La conquista delle Americhe e la dottrina della sovranità degli Stati*, en *500 anni di solitudine. La conquista dell'America e il diritto internazionale*, Verona, Bertani Editore, 1994; y también Giuseppe Tosi, *La teoria della schiavitù naturale*, cit., pp. 113 y 119.

132 Cfr. Tzvetan Todorov, *La conquête de l'Amérique*, cit., p. 212.

133 El estudioso búlgaro, a propósito de Juan Ginés de Sepúlveda, afirma que «la différence se réduisant toujours chez lui à une infériorité», *Ibid.*, p. 203.

Y aunque el reconocimiento de la humanidad y de la libertad de los indígenas fuese compartido por la mayor parte de los intelectuales desde el principio del debate sobre la *Conquista*, en cuanto presupuesto necesario para la evangelización, sin embargo, hay que reconocer a Vitoria la novedad de su posición que no apelaba al derecho divino, e iba más allá del derecho romano, fundándose en el concepto mismo de derecho natural.

A nuestro parecer, las acusaciones a Vitoria nacen de una lectura fragmentaria y discontinua de sus obras, que no ha indagado lo suficiente el punto de vista teórico desde el que Vitoria miraba las poblaciones de ultramar. Vitoria, al desarrollar su reflexión a partir de la correlatividad existente entre derecho objetivo y derechos subjetivos ¹³⁴, o sea, fijándose en el entramado natural entre derechos y deberes, ofrece las condiciones para vivir la diferencia en la igualdad superando, de este modo, el *empasse* de todas las posiciones en las que la diferencia se convierte en desigualdad y, especularmente, la igualdad se transforma en la concepción asimiladora y anexionista de la identidad potencial del otro. En realidad, al subrayar no solo los deberes de los español, sino también de los *indios*, Vitoria puso los sujetos de la controversia sobre el mismo plano, intentando ir más allá de una visión paternalista, trató la cuestión a través de una perspectiva de equidad y justicia, fundada en el derecho natural, que implica necesariamente la reciprocidad de derechos y deberes de unos hacia los otros.

134 Cfr. Brian Tierney, *L'idea*, cit., p. 56.

Bibliografía

- Alonso Martín, *Diccionario Medieval Español. Desde las Glosas Emilianenses y Silenses (s. X) hasta el siglo XV*, Tomo I, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1986;
- Aristóteles, *Ética Nicomachea*, Madrid, Gredos, 1993;
- Aristóteles, *Política*, Madrid, Gredos, 1988;
- Baciero Carlos, *Libertad natural y esclavitud natural en la Escuela de Salamanca*, en *I diritti dell'uomo e la pace nel pensiero di Francisco de Vitoria e Bartolomé de las Casas. Congresso Internazionale tenuto alla Pontificia Università S. Tommaso (Angelicum)*, Roma 4-6 Marzo 1985, Milano, Massimo, 1988, pp. 181-189;
- Bataillon Marcel, *Erasmus y España. Estudios sobre la Historia Espiritual del siglo XVI*, trad. cast., Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 1998;
- Berti Enrico, *Storicità ed attualità della concezione aristotelica dello stato*, «Verifiche», 3-4, 1978, pp. 334 – 335;
- Brufau Prats Jaime, *Introducción*, en Juan Ginés de Sepúlveda, *Obras Completas*, vol. III, Pozoblanco, Ayuntamiento de Pozoblanco, 1997;
- Bullón Eloy y Fernández, *El problema jurídico de la dominación española en América antes de las «Relecciones» de Francisco de Vitoria*, «Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria», 4, 1931-1932, pp. 99-128;
- Casas Bartolomé de las, *Apologética Historia de las Indias*, por Serrano y Sanz, Tomo I, Madrid, Bailly-Bailliére Editores, 1909;
- Casas Bartolomé de las, *Apología o declaración y defensa universal de los derechos del hombre y de los pueblos*, Edición paleográfica y crítica, Vidal Abril Castelló (Dir.), Salamanca, Junta de Castilla y León, 2000;
- Casas Bartolomé de las, *Historia de las Indias, Obras Completas*, vol. V, Madrid, Alianza Editorial, 1994;
- Covarrubias Orozco Sebastián de, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Edición de Felipe C. R. Maldonado, Madrid, Editorial Castalia, 1995;
- Ferrajoli Luigi, *La conquista delle Americhe e la dottrina della sovranità degli Stati*, en *500 anni di solitudine. La conquista dell'America e il diritto internazionale*, Verona, Bertani Editore, 1994;

- Hanke Lewis, *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*, Philadelphia, University of California Press, 1949; trad. esp., *La lucha por la justicia en la Conquista de América*, Madrid, Ediciones Istmo, 1988;
- Heredia Vicente Beltrán de, *Ideas del Maestro fray Francisco de Vitoria anteriores a las Relecciones De Indis acerca de la colonización de América, según documentos inéditos*, «Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria», 2, 1929-1930, pp. 23-68;
- Isidoro, Santo, Arzobispo de Sevilla, *Etimología*, ed. española, Madrid, BAC, 2004;
- Langella Simona, *Diritti delle genti e diritti umani in Francisco de Vitoria*, en *Genesi, sviluppi e prospettive dei diritti umani in Europa e nel Mediterraneo*, Atti del Convengo: Genesi e prospettive dei diritti umani in Europa e nel Mediterraneo (Genova, 26-28 ottobre 2004), a cargo de Langella Simona, Napoli, Guida, 2006, «Civiltà del Mediterraneo», dicembre 2005-giugno 2006, n. 8-9, pp. 107-126;
- Langella Simona, *Francisco de Vitoria e il concetto di dominium*, «Ephemerides iuris canonici», 55, 2015, pp. 151-174;
- Langella Simona, *Teología y ley natural. Estudio sobre las lecciones de Francisco de Vitoria*, Madrid, BAC, 2011;
- Losada Ángel, *Juan Ginés de Sepúlveda a través de su "Epistolario"*. *Nuevos documentos*, Madrid, CSIC, 1973;
- Martín Ramón Hernández, *El Sermón de Montesinos. Un apunte histórico*, en *El grito y su eco. El Sermón de Montesinos*, Salamanca, SEE, 2011;
- Martín Ramón Hernández, *Francisco de Vitoria*, en *Filosofía Iberoamericana en la época del Encuentro*, a cargo de Robles Carcedo Laureano, Madrid, Trotta, 1992, p. 238;
- Menéndez y Pelayo Marcelino, *Democrates alter, sive de justis causis belli apud Indos*, «Boletín de la Real Academia de la Historia», 21, 1892, pp. 257-369;
- Pagden Antony, *The fall of natural man. The American Indian and the origins of comparative ethnology*, Cambridge, University Press, 1982; tr. it. *La caduta dell'uomo naturale*, Torino, Einaudi, 1989;
- Palacios Rubios Juan López de, *De las Islas del Mar Océano (Libellus De insulis oceanis)*, Pamplona, EUNSA, 2013;

- Palacios Rubios Juan López de, *De las Islas del Mar Océano. Del dominio de los Reyes de España sobre los Indios*, México, Fondo de Cultura económica, 1954;
- Pérez Luño Antonio Enrique, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 1992;
- Seel Gerhard, *La giustificazione del dominio nella «Politica» di Aristotele*, en *Etica, Politica, Retorica. Studi su Aristotele e la sua presenza in età moderna*, a cargo de Enrico Berti e Linda M. Napolitano Valditara, L'Aquila - Roma, Japadre Editore, 1989;
- Sepúlveda Juan Ginés de, *Apología en favor del libro sobre las justas causas de la guerra*, de Sepúlveda Juan Ginés, en *Obras Completas*, vol. III, Pozoblanco, Ayuntamiento de Pozoblanco, 1997;
- Sepúlveda Juan Ginés de, *Epistolae duae ad Melchiorem Canum, et Cani ad eumdem*, en: Joannis Genesii Sepulvedae Cordubensis, *Opera, cum edita, tum inedita*, accurante regia historiae academia, volumen tertium, Matrity, 1780;
- Tierney Brian, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights. Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta-Georgia, Scholars Press for Emory University, 1997; tr. it. *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna, il Mulino, 2002;
- Tomás de Aquino, Santo, *In octo libros Politicorum Aristotelis Expositio*, Torino-Roma, Marietti, 1966;
- Tosi Giuseppe, *La teoria della schiavitù naturale. Dibattito sul Nuovo Mondo (1510-1573). "Veri domini" o "servi a natura"*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2002 («Divus Thomas», 105, 2002);
- Trujillo Pérez Isabel, *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, Torino, Giappichelli Editore, 1997;
- Tzvetan Todorov, *La conquête de l'Amérique: la question de l'autre*, Paris, Éditions du Seuil, 1982;
- Villey Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968;
- Vitoria Francisco de, *Carta de Francisco de Vitoria al P. Arcos sobre negocios de Indias*, en de Vitoria Francisco, *Relectio De Indis o libertad de los Indios*, Edición crítica bilingüe por L. Pereña y J. M. Pérez Prendes, Madrid, CSIC, 1967;

- Vitoria Francisco de, *Comentarios a la Secunda secundae*, O. P., vol. III, Salamanca, Biblioteca de Teólogos Españoles, 1934;
- Vitoria Francisco de, *De Legibus*, Introducción por Simona Langella, Transcripción y notas por José Barrientos García y Simona Langella, Traducción en italiano por Simona Langella y Traducción en español por Pablo García Castillo, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2010;
- Vitoria Francisco de, *Lettera al P. Arcos sulla occupazione delle Indie*, en de Vitoria Francisco, *Relectio De Indis. La questione degli Indios*, Bari, Levante, 1996;
- Vitoria Francisco de, *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones Teológicas*, Edición crítica del texto latino, versión española, introducción general e introducciones con el estudio de su doctrina teológico jurídica, por el padre Teófilo Urdánoz O. P., Madrid, BAC, 1960.

PERSONE E DIRITTI: UNA TENSIONE POST MODERNA.
LA PROSPETTIVA DI GENERE

Flavia Stara

*Ho curato attentamente di non deridere, né di compiangere,
né tanto meno detestare le azioni umane, ma di compren-
derle. (Baruch Spinoza)*

*What is a human person? Indeed, without an answer to
this question, moral and legal reflection is almost pointless.
How, for example, can we speak of protecting human rights
without identifying the bearer of those rights? (Jonathan
Haidt)*

Comprendere la fenomenologia dell'attuale stagione della civiltà umana definita - sia pure con varie accezioni e sfumature - della post-modernità, implica un confronto continuo soprattutto con gli interrogativi etici che la cultura contemporanea pone relativamente ai vari ambiti dell'universo di comportamenti e di istanze sociali. Il ruolo dell'etica nel nostro tempo si coniuga sempre più spesso con evenienze sociali e politiche e quindi con gli spazi dei processi normativi e di valorizzazione della soggettività che si è fatta problema e progetto. Di qui l'esigenza del soggetto di riappropriarsi dell'esperienza della propria storicità e della propria identità narrativa, stabilendo una connessione di responsabilità con le generazioni a venire. La questione riguardante il rapporto con le generazioni future si lega alla possibilità per l'esistenza di essere affermata o meno senza reciprocità: infatti, la reciprocità presuppone il riconoscimento o piuttosto l'affermazione dell'esistenza. Responsabilità e libertà investono, dunque, il soggetto nel suo ruolo centrale di attore morale e lo coinvolgono entro una duplice prospettiva, individuale e collettiva insieme. Ogni riflessione sulla persona oggi si muove nello spazio di una vera antinomia tra ragione pratica e ragione teorica, tra il forte impatto di questa categoria sul piano pratico - per la sua capacità di aggregare posizioni anche ideologicamente distanti tra loro, per la sua particolare connotazione assiologica che all'interno di un'economia globalizzata e di un mondo multietnico si impone come paradigma di varie proposte di etica pubblica e di partecipazio-

ne politica - e la difficoltà di una sua connotazione teoretica universalmente accettata ¹.

Il concetto di persona- rappresentazione attinente alle categorie culturali occidentali- non può essere declinato secondo una specificità ideale, poiché la sua struttura esprime un intreccio di valori che interpretano lo spostamento dall'attivismo strumentale del soggetto - tipico della modernità - all'individualità considerata e rispettata come centro di libertà e d'intenzionalità. Queste manifestazioni dell'individualità s'incentrano su tre proiezioni fondamentali del sé desiderante: auto-realizzazione; ricerca di una definizione sociale; relazionalità interpersonale gratificante. Nella persona si rivela il paradosso di una compresente ambizione di singolarità e di interdipendenza. Le dimensioni che descrivono lo spazio dei valori fondamentali per la persona concernono i modi di relazionarsi con la realtà, considerati come orizzonti del bene. Nella sfera dell'autorealizzazione, ha luogo il riconoscimento del diritto a poter costruire il proprio destino. In questa direzione si realizza la transazione storico-esistenziale con la realtà e la definizione professionale diventa imprescindibile per manifestare la propria unicità in un orizzonte di co-responsabilità. Di qui la centralità delle connessioni interpersonali per sostenere le aspirazioni che si generano attraverso le stesse interazioni. Si tratta dell'articolazione di una complessità che coinvolge tutto il sistema vita e da cui, spesso, deriva una situazione di squilibrio determinata dalla tensione tra uno stato di ipersoggettività - incentrata sul sentimento e sulle sensazioni del singolo - e uno di iperoggettività - espressa nei contesti della realtà economica, politica e giuridica. L'affermarsi della soggettività nello spazio della collettività, attestato dal crescente bisogno di libertà individuale con le connesse rivendicazioni di diritti, ha portato al costituirsi di nuovi paradigmi di declinazione della soggettività, a forti spinte di manifestazione dell'individualismo, a momenti di legittimata ridefinizione di dignità della persona.

1 «Ogni qual volta diciamo persona, il termine ritorna innanzitutto per designare la presa di coscienza della dignità dell'essere umano e in questo uso dell'idea di persona si può registrare una convergenza pratica diffusa che ci consente di capirci nel nostro dire dell'uomo, fino a rivelare nell'idea di persona un pensiero forte. A condizione però, che non ci si chieda di giustificare la forma di questo pensiero, perché allora emergono le divisioni, le cento vie che prendono le ragioni del riconoscimento della dignità umana e le cento constatazioni che ne segnalano il disconoscimento nella società. Questa dialettica tra presa di coscienza comune e riconoscimento diviso della dignità umana segna oggi profondamente il ritorno della persona». Cfr. Antonio Pavan (a cura di), *Enciclopedia della persona nel XX secolo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. VI-VII.

Se i modelli sociali attuali sono continuamente sottoposti a mobilità e precarietà anche la costruzione dell'identità personale e i rapporti umani sono sottoposti alla frizione tra un uso strumentale ed efficientistico della ragione -misure e soluzioni normative formalistiche- e il ricorso alla ragionevolezza, connotata da manifestazioni di flessibilità, duttilità, imprevedibilità nelle sue concrete manifestazioni. È lo statuto post moderno del soggetto che si rende pubblico: sono le categorie dell'esistenza e non dell'essenza a governarne l'immagine e la condizione di progettazione e di ricerca di sé. Il soggetto sollecitato dall'apertura al futuro decanta l'unicità e la problematicità della persona, rispetto alle quali cerca concrete risposte di regolamentazione nello spazio dei diritti umani.

Dentro un tale circuito di istanze tra l'essere in relazione e l'essere in evoluzione della persona, si pone la necessità di misurare gli indicatori della condivisione sociale: salute, benessere, accesso, accoglienza rispetto ai mezzi e alle risorse dei progetti esistenziali, compresi anche nelle specificità di genere che richiedono di ridisegnare i rapporti di fiducia e di riconoscimento. La prospettiva pluralistica ci porta a riflettere sul "genere" e a interpretarlo non più come una categoria determinata, quanto come una struttura somigliante ad un campo di forze interagenti: il genere si sostanzia di una molteplicità di necessità, contrasti e differenze. Il luogo più evidente di questo problematico interscambio vitale è ovviamente il proprio corpo, che, come evidenziato dalla fenomenologia filosofica, è struttura ambigua, cioè né riducibile a pura oggettività senza interiorità, né a pura soggettività senza incarnazione, ma sempre interdipendenza tra il fisico e lo spirituale. Questa inquietudine costitutiva pone la persona in una condizione che conferisce sia la convinzione "di essere donna" o "essere uomo", sia il riconoscimento di una natura impregnata di altri predicati biologici, antropologici e sociali. Convenzionalmente basato su un dualismo o sull'opposizione di maschile e femminile, il genere oggi incorpora altre espressioni che, richiamandosi alla nozione laicizzata e critica di persona, meglio delineano l'identità autonoma e universale del soggetto, il suo statuto dinamico formativo. Queste particolari connotazioni dell'identità di genere trovano voce nelle frequenti richieste di tutela di diritti civili e sociali. La scommessa multi-culturale e la necessità di individuare adeguati equilibri socio-normativi sollecitano il riconoscimento di una declinazione esistenziale trans-personale che supera i modelli di persona definiti da precise grammatiche e semantiche. Occorre ri-pensare in modo funzionale il rapporto tra il soggetto e il suo spazio di azione sociale, tenendo presente

che anche il concetto di cittadinanza, si sostanzia della natura complessa della persona.

La soluzione per evitare costringenti asimmetrie sociali non risiede solo nel sottrarsi da ogni reprimente moralismo, quanto nello sviluppare un'adeguata consapevolezza del farsi accoglienti, nell'esercitare quella ragionevole apertura per il possibile, per le ragioni dell'altro. Nella democrazia la partecipazione è costruzione di una volontà plurale, riconoscimento e valorizzazione della decisione attraverso scambi, confronti e quindi è costruzione di consenso sempre in itinere orientato a dar corpo sempre più a condivisione di principi e diritti riconosciuti e operanti nella e per la collettività. La democrazia non vive solo di cose che si fanno, ma anche di parole, discorsi, tematizzazioni, definizioni di priorità.

Un ripensamento culturale in favore di una nuova sensibilità verso i valori della persona, permetterebbe di superare l'assuefazione alla spersonalizzazione veicolata dai processi economici e della disparità dei diritti sociali. I dati statistici sulla povertà assoluta e relativa della qualità della vita, vengono registrati come fenomeni ai quali non ci si può opporre. La subordinazione alle cifre impone schemi astratti alle concrete condizioni del vivere e spinge verso la progressiva riduzione delle persone a oggetti di calcolo economico e statistico, dunque a non persone. Le valutazioni dei media, le indagini e i bilanci del mercato, dovrebbero basarsi su una stima autentica dell'andamento dello sviluppo socio-economico in relazione ai bisogni specifici degli individui e agli effetti che vengono conseguiti. Le richieste di decisioni che accrescano la "giustizia", i diritti e le misure del rispetto dilatano lo spazio della *polis* organizzandola come luogo geo-storico della costruzione del sé, come realtà di appartenenza di un sé privato che si definisce nel pubblico ².

2 Indicatori di riflessione critica sulla deriva interna delle democrazie provengono dalla stessa Unione Europea, dalla sua Corte di Giustizia che, attraverso alcune recenti sentenze, ha affermato come i diritti fondamentali dei cittadini, in via di principio, dovrebbero prevalere sul mero interesse economico. Il centro studi del gruppo editoriale tedesco Fondazione Bertelsmann, ha pubblicato nel 2014 un rapporto sulla situazione della giustizia sociale nei paesi europei, sottolineando l'accentuarsi di processi di esclusione che mettono concretamente a rischio la coesione nelle collettività. Alla luce del crescente divario sociale osservato all'interno dell'UE e tra i Paesi membri, detto Rapporto auspica dalle politiche europee una maggiore attenzione ai fenomeni di ingiustizia sociale. In particolare, si osserva come, negli ultimi anni, le rigide politiche di austerità messe in atto nell'Unione abbiano indebolito il tessuto sociale e trascurato la richiesta di una maggiore inclusione, limitando il dibattito politico ai temi del salvataggio dell'Euro, del risanamento di bilancio

In Italia, da qualche tempo, l'intera cultura dei diritti attraversa una fase di involuzione rispetto ad alcuni decenni fa, quando sono state introdotte importanti trasformazioni nella società civile e nell'organizzazione istituzionale. Divorzio, aborto, statuto dei lavoratori e riforma del diritto di famiglia, processo del lavoro e riforma carceraria, attuazione delle regioni a statuto ordinario e introduzione del referendum, nuove norme sulla carcerazione preventiva e abolizione dei manicomi, sono la testimonianza di una politica dei diritti realizzata nella linea segnata dalla Costituzione. Sicuramente il riferimento ai principi e ai diritti costituzionali, la capacità delle forze politiche di guardare alle dinamiche sociali senza pretese di subordinarle a convenienze e strumentalizzazioni, l'esistenza di canali di comunicazione tra cultura e politica, che si alimentavano reciprocamente, hanno prodotto veri strumenti istituzionali di cambiamento. In anni recenti, l'Italia soffre una separazione culturale tra politica e società i cui effetti si ripercuotono proprio sul terreno della garanzia dei diritti, come accade nell'ambito delle politiche di genere, dove si è ancora lontani dal raggiungere risultati soddisfacenti. Nonostante i progressi compiuti sotto la pressione di movimenti di azione civile e delle normative europee, l'attuale pesante crisi finanziaria e le politiche di austerità minacciano ancora alcune conquiste delle donne in termini di reddito, di sbocchi professionali adeguati ai gradi d'istruzione più elevati e di utilizzo di servizi e infrastrutture.

Nel quadro complessivo di riesame dei modelli sociali, l'Unione Europea si è impegnata a elaborare strategie di intervento su aree prioritarie quali la parità di genere nell'occupazione, la presenza femminile nelle posizioni decisionali, l'esigenza di conciliare lavoro e famiglia, l'attenzione alla salute e ai diritti riproduttivi, nonché sulle misure per combattere la violenza contro le donne. Sussistono, tuttavia, rilevanti carenze rispetto alla considerazione dei generi, carenze che provocano indistintamente ostilità private e sociali verso donne, omosessuali, trans-genders. Tali vessazioni degenerano in forme di misoginia- o misandria- o in gesti più efferati, quali i sempre più frequenti femminicidi ³. Queste urgenze richiedono un confronto di saperi e di compe-

e della ripresa economica. Viene anche evidenziato come queste politiche, implicando in particolare tagli in settori come l'istruzione o la ricerca, avranno ripercussioni negative nel lungo periodo sulla complessiva crescita economica.

3 L'antropologa messicana Marcela Lagarde, teorizzatrice contemporanea del concetto di femminicidio, spiega come la forma estrema di violenza di genere, sia il prodotto della violazione dei diritti umani in ambito pubblico e privato, attraverso varie pratiche misogine -maltrattamenti, violenza fisica, psicologica, educativa, professionale, economi-

tenze a livello collettivo, e sollecitano l'assunzione di prospettive di analisi e di verifica dell'essere persona che muovano in direzione di una visione concentrica dei diritti umani ⁴. La possibilità di istituire osservatori nazionali sui fenomeni di violenza potrebbe servire a indicare eventuali soluzioni più preventive che repressive, e soprattutto a incoraggiare pratiche formative di corresponsabilità in una visione ultra-personale dei diritti sociali. Nella nostra democrazia da quando l'insicurezza è diventata la categoria costante della retorica e delle pratiche politiche, le risposte ai bisogni urgenti della società sono sempre più spesso affidate alla rete del volontariato, filtro e connettore di articolate responsabilità che dovrebbero essere assunte principalmente da enti, istituzioni, servizi pubblici. In tale cornice, l'integrazione della persona nella collettività e l'esercizio del diritto alla dignità, dipendono molto dalla qualità dei servizi di mediazione offerti. Sovente, i servizi disponibili, sebbene predisposti in funzione di esperienze esistenziali complesse -in termini di esigenze e di cura- si presentano come potenziali strutture di esclusione e frustrazione, anche a causa della scarsa formazione e competenza del perso-

ca, patrimoniale, religiosa, istituzionale -che comportano l'impunità delle condotte poste in essere tanto a livello sociale, quanto dallo Stato e che, ponendo la donna in una posizione indifesa e di rischio, possono culminare con l'uccisione o con altre forme di violenza, o di sofferenze psichiche, comunque evitabili, in quanto dovute all'insicurezza di genere legata al disinteresse delle Istituzioni e alla marginalizzazione dai processi di sviluppo e di partecipazione alla democrazia. cfr. Marcela Lagarde, *Identidades de genero y derechos humanos. La construccion de las humanas, estudios Basicos de Derechos Humanos IV*, Comision de la Union Europea, Costa Rica, 1997.

4 I diritti che promuovono uguaglianza, giustizia, rispetto e dignità tra individui indipendentemente dal possesso di certe caratteristiche (genere, razza, etnia, orientamento sessuale, religioso, età, disabilità) sono riconducibili all'area dei diritti umani, appunto perché mirano a garantire la dignità della condizione dell'essere umano in quanto tale. Nel quadro istituzionale dell'Unione Europea, il Trattato di Amsterdam (1995/1997) si è espresso contro tutte le discriminazioni nel rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a ogni tipo di minoranza. Nel 2000 il Consiglio ha anche adottato una direttiva sulla parità di trattamento nel settore dell'occupazione e nel 2004 una direttiva sulla parità di trattamento fra donne e uomini al di fuori del mercato del lavoro. Queste misure, insieme alla proposta adottata nel 2008 per una nuova direttiva sulla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dal loro credo, disabilità, età o tendenza sessuale, completano insieme il quadro legale dell'Unione europea nella lotta contro le discriminazioni. Per realizzare concretamente tali principi, sono necessarie nuove risoluzioni giuridiche e l'attività di indirizzo delle istituzioni politiche nel farsi garanti e promotrici di una cultura che contrasti l'ignoranza del rispetto e dell'inclusione.

nale dedicato. Questa denuncia è particolarmente marcata nel caso specifico dei vissuti delle persone transessuali che proprio all'interno di spazi chiaramente destinati all'inclusione -famiglie, scuole, lavoro, chiese- si confrontano con malessere, frustrazione, emarginazione. In Italia, infatti, è ancora assente una normativa specifica in grado di tutelare le minoranze omosessuali e transessuali per contrastare condotte omofobiche e trans-fobiche. I tentativi che, in tempi diversi e con varie iniziative, sono stati promossi al fine di approvare una disciplina legislativa specifica in materia, non sono mai stati approvati dal Parlamento. In particolare, alcune di queste mozioni miravano a introdurre una circostanza aggravante, comune o speciale, volta alla repressione di reati commessi in ragione della omosessualità o della transessualità della persona offesa. Si trattava, dunque, di proposte di legge, che tendevano a offrire una tutela penale rafforzata, in considerazione della condizione di particolare vulnerabilità delle minoranze omosessuali e transessuali.

L'indicatore di benessere e di qualità della vita della persona è quindi rappresentato anche dai servizi e dagli spazi che gli sono dedicati nella pratica sociale. Le persone transessuali- a differenza dei gay- hanno delle evoluzioni esistenziali particolarmente disagiate che implicano necessariamente attenzioni specifiche. Una persona può essere definita transessuale e identificata come tale, quando inizia un percorso, normalmente chiamato transito, che consiste nell'avvicinare e far somigliare il proprio corpo alla percezione profonda di sé. Un'esperienza di visibilità che è molto più di un semplice passaggio, un percorso complesso che per la sua peculiarità non può essere compiuto in solitudine e in modo non adeguato: visite mediche specialistiche, cure ormonali, interventi chirurgici di diverso tipo prevedono centri specializzati, ancora molto rari in Italia. In molti paesi del mondo le persone trans-gender rischiano la vita nel manifestare la propria soggettività e nel decidere di vivere autenticamente e non in maniera clandestina, in quanto le loro relazioni di intimità e di affettività sono considerate ancora come reati ⁵. Nel corso degli

5 In Italia sono i dati della prima rilevazione Istat (2012) sulla popolazione omosessuale a confermarci la permanenza di pregiudizi preoccupanti sugli orientamenti sessuali, dati a cui si aggiungono quelli recentemente resi noti dall'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori e il sessismo (OSCAD). Il New York Times, in un apprezzato editoriale del Maggio 2015 : *The Quest for Transgender Equality*, ha ribadito come i diritti dei trans-gender non siano i diritti dei gay poiché i trans-gender rimangono ancora una delle minoranze in assoluto più discriminate a livello internazionale. Queste minoranze sessuali non sono solo persone che adottano comportamenti o identità considerati "devianti", ma sono coloro che vengono indicati e riconosciuti dalla società *mainstream* sulla

ultimi decenni il movimento trans-gender ha partecipato alle rivendicazioni delle minoranze sessuali, ma laddove i gay sono riusciti ad ottenere una serie di vittorie giuridiche e politiche, i trans-gender rappresentano i cittadini che devono affrontare le difficoltà maggiori, tra cui quelle legate alle cure mediche e all'inserimento sociale che, per essere messo in pratica dignitosamente, presuppone soluzioni concrete riguardo al diritto/accesso al lavoro, alla casa, alle strutture. Una persona transessuale, discriminata sul lavoro, vittima di mobbing, o licenziata, o malata non può provvedere da sola alla sua difesa e tutela. La transessualità, sin dagli inizi del suo percorso di visibilità e di emersione -dalle campagne di opinione degli anni '60 sino alla Legge 164-1982 che ha permesso il cambiamento di sesso- ha rappresentato un evento di scarto rispetto alle norme, per cui quanto è stato proposto, discusso e realizzato al riguardo, viene ricondotto, sempre e comunque, alla categoria dell'eccezione, della rarità, dell'anomalia o della patologia. Cronaca, spettacolo, folklore, laboratorio e prostituzione, sono gli unici "non luoghi" concessi a questi soggetti considerati marginali, non funzionali ai "luoghi" del sociale.

In questa realtà, la domanda ricorrente e pressante è come esprimere il proprio essere persona, come manifestare dignità e talento in contesti che proponendo narrazioni distorte, disorientano e pregiudicano le realizzazioni del soggetto. Se sono le categorie dell'esistenza (e non quelle dell'essenza) a governare l'immagine e la condizione del soggetto contemporaneo: esse sono categorie mobili, aperte che emergono da un principio di auto-evidenza che si fa ricerca, costruzione, rivendicazione di diritti. Questa consapevolezza del sé dovrebbe trovare conferma nella coscienza della collettività, altrimenti la persona si contrae solo in nuove alienazioni, solitudini e diversità. Le attuali istanze di genere sotto molti aspetti determinano le specifiche risoluzioni delle sfere giuridico-politica e economica. Esaminare lo stato effettivo delle interazioni tra i generi nella struttura delle società democratiche è fondamentale per individuare nuove misure di garanzia per la sostenibilità delle funzioni rappresentativa e partecipativa. Il processo storico di autocorrezione nel corso del quale l'uomo prende posizione nei confronti di se stesso e progressivamente corrobora i propri diritti, conferma come i diritti costituiscano lo spazio di evoluzione dei fini per i quali il soggetto perviene alla propria realizzazione e alla propria espressione. In questo senso i diritti diventano

base della loro sessualità, e sono vittime di sistematica negazione dei diritti per la loro trasgressione dei ruoli di genere.

«fondamento, ragione e scopo del potere legittimo»⁶. Il processo di elaborazione di nuove garanzie giuridiche si stratifica (diritti di libertà, diritti politici, diritti sociali, diritti culturali) perseguendo fini etico-politici che favoriscono il ripensamento dei paradigmi culturali tradizionali: ogni integrazione costituisce, quindi, la presa in carico delle diverse configurazioni della storicità della persona, la risposta all'appello delle individualità che sperimentano il loro essere attori sociali. Tali imperativi dovrebbero poter fondare un'ideale moralità pragmatico-trascendentale in grado di identificare le norme fondamentali all'interno di una comunità di comunicazione. È opportuno, allora, riflettere sulla connessione tra etica e ragione pratica. In questa prospettiva i principi della ragione che guidano l'azione possono essere ricompresi in un nuovo spazio interpretativo della legge naturale - suprema istanza degli atti della persona⁷. I principi della ragione pratica, infatti, possono essere considerati naturali non perché dedotti dalla natura, ma perché attraverso essi l'uomo apprende sul piano intellettuale i fini che devono guidare il suo agire e quale sia l'azione più adeguata per il suo conseguimento. La difficoltà di dialogo nello spazio sociale contemporaneo sta nel voler definire nettamente ciò che non può avere confini lineari, nel concordare sulla connessione tra

6 Gustavo Zagrebelsky, *I diritti fondamentali oggi*, Cedam, Padova, 1995, p. 20.

7 I diritti umani si basano sull'idea che tutti gli esseri umani possiedano certi fondamentali diritti, per il semplice motivo che essi sono umani. I diritti umani non hanno bisogno di essere conquistati e non possono essere persi sulla base delle convinzioni personali dell'individuo e dello stile di vita, a prescindere dal fatto che possano risultare non graditi o risultare offensivi per parte della società. Ma qual è l'accezione di natura umana che fonda i diritti? Evidentemente non esiste un criterio indiscutibile per valutare le teorie della natura umana. Come osserva Mauro Barberis, la legge naturale è «la sorgente da cui scaturiscono, insieme a diritti fondamentali, anche imperativi etici che è doveroso onorare. Nell'attuale etica e filosofia del diritto, sono largamente diffusi i postulati del positivismo giuridico. La conseguenza è che la legislazione diventa spesso solo un compromesso tra diversi interessi: si cerca di trasformare in diritti interessi privati o desideri che stridono con i doveri derivanti dalla responsabilità sociale. In questa situazione è opportuno ricordare che ogni ordinamento giuridico, a livello sia interno che internazionale, trae ultimamente la sua legittimità dal radicamento nella legge naturale, nel messaggio etico iscritto nello stesso genere umano. La legge naturale è, in definitiva, il solo valido baluardo contro l'arbitrio del potere o gli inganni della manipolazione ideologica. La conoscenza di questa legge iscritta nel cuore dell'uomo aumenta con il progredire della coscienza morale». Cfr. Mauro Barberis, *Dispute razionalmente interminabili. Ancora su giuspositivismo e giusnaturalismo*, in Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli Editore, Torino, 2007.

principi valoriali astratti e pratiche comportamentali permeate di consuetudini storiche e culturali. Infatti, nessun valore singolarmente considerato esaurisce le istanze della persona e, quindi, nessun diritto fondamentale può mettere a tacere del tutto gli altri diritti fondamentali.

Come osservava Lon Fueller - nel corso del suo famoso dibattito con Herbert Hart sul “rule of law” - se è vero che la morale interna del diritto è presupposto necessario della giustizia, non ne è una condizione sufficiente, in quanto questa stessa morale viene sistematicamente violata attraverso l’uso delle regole giuridiche. Secondo Fuller, il metodo per la soluzione di problemi specifici propri dell’etica e del diritto sta nell’esercizio della “*communication*”, la comunicazione che diventa il principio fondamentale nella sua concezione della legge naturale: «open up, maintain and preserve the integrity of the channels of communication by which men convey to one another what they perceive, feel, and desire»⁸. Fuller ritiene, che l’elemento che governa le aspirazioni degli uomini si trovi in quella capacità grazie alla quale essi hanno saputo sopravvivere sino ad oggi: comunicare con i propri simili. La complessa articolazione di una ragione pratica che deve confrontarsi con il pluralismo e il multiculturalismo del nostro tempo, presuppone tale capacità di comunicare, di analizzare i principi nella loro dimensione concreta, di determinare ciò che è bene per gli esseri umani rispetto alla loro natura.

La riflessione sui diritti si concentra sulla persona in tutta la concretezza della sua storicità, dei suoi rapporti interpersonali, contestuali e divergenti. L’elaborazione di risoluzioni in favore dei diritti richiede, quindi, uno spazio di ragionevolezza pratica, un confronto sulla diversità dei valori fondamentali, un riesame dei paradigmi di “giustizia” e delle fenomenologie di accoglienza di nuove esigenze di tutela. La ricerca di adeguati dispositivi da attivare non può prescindere da un orientamento universalistico in grado di sussumere dentro di sé l’idea di una pluralità di punti di vista particolaristici.

L’universalità è pertanto un obiettivo da raggiungere e non un principio di partenza: in essa si esprime una tensione a realizzare, piuttosto che una condizione preliminare di validità. Non si tratta, dunque, di prendere le mosse dalla cultura più universale -ad esempio quella occidentale dei diritti dell’uomo- per uniformare ad essa le culture particolari. Quest’operazione ha occultato spesso un imperialismo culturale che ha umiliato molte sensibilità personali e collettive. Ma, se si ammette che culture particolari possano co-

⁸ Lon Luvois Fuller, *The morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964, p. 165.

municare, allora necessariamente già si ammette che qualcosa di universale intercorre tra loro. Per questo motivo i diritti umani richiedono giustificazioni piuttosto che fondamenti, in quanto la loro validità risiede essenzialmente su un accordo comune.

La sostenibilità pratica dei diritti dell'uomo, finalizzata ad una progressiva approfondita considerazione delle più diverse esigenze della persona, si fonda sulla volontà di un dialogo politico-culturale anche a livello internazionale. Il fatto che la relazione come atto, come azione dell'essere in rapporto, rappresenti il momento costitutivo della persona umana, è manifesto nell'aspirazione ad attirare a sé tutta la massima concentrazione di diritti, fino al punto di abbracciare anche quelli che vanno al di là dei limiti esistenziali e dell'umanità in atto presente (i diritti degli animali, i diritti della natura, le sorti del pianeta, i diritti alla procreazione artificiale, i diritti all'eutanasia, ecc.). In tale senso si riconosce la massima concentrazione e la massima diffusione della persona, in cui si esprime il fondamento sorgivo del suo diritto alla "dignità".

Bibliografia

- Appiah Kwame Anthony, *Cosmopolitanism: ethics in a world of strangers*, New York, W.W. Norton & Co, 2006; tr. it. *Cosmopolitismo. L'etica in un mondo di estranei*, Roma-Bari, Laterza, 2007;
- Baird Vanessa, *Le diversità sessuali*, Roma, Carocci, 2003;
- Barberis Mauro, *Dispute razionalmente interminabili. Ancora su giuspositivismo e giusnaturalismo*, in Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli Editore, 2007;
- Barberis Mauro, *Etica per i giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006;
- Bauman Zygmunt, *La società dell'incertezza*, Bologna, Il Mulino, 1999;
- Bauman Zygmunt, *Liquid Modernity*, Cambridge, Polity, 2000; tr. it., *Modernità liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2002;
- Bauman Zygmunt, *The Individualized Society*, Cambridge, Polity, 2001; tr. it., *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*, Il Mulino, Bologna, 2002;
- Beck Ulrich, *I rischi della libertà. L'individuo nell'epoca della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2000;
- Bodei Remo, *Destini personali*, Milano, Feltrinelli, 2002;
- Bok Sissela, *Common Values*, Columbia, University of Missouri Press, 1995;
- Burr Vivien *Gender and Social Psychology*, London, Routledge, 1998; trad. it. *Psicologia delle differenze di genere*, Bologna, Il Mulino, 2000;
- Crouch Colin, *Post-democracy*, Cambridge, Polity Press, 2005; tr. it. *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2005;
- Dahl Robert Alan, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989; tr. it. *La democrazia e i suoi critici*, Roma, Editori Riuniti, 1997;
- Di Folco Marcella, Marcasciano Porpora (a cura di), *Transessualismo, dall'esclusione totale a un'inclusione parziale*, Report di ricerca, Ageform, Bologna, 2001;
- Donnelly Jack, *Universal Human Rights*, Ithaca, Cornell University Press, 1989;

- Donnelly Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca, Cornell University Press, 2003;
- Dworkin Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1978;
- Fabeni Stefano, Toniollo Maria Gigliola, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: l'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Roma, Ediesse, 2005;
- Foucault Michel, *L'Herméneutique du sujet*, Paris, Gallimard, 2001; tr. it. *Ermeneutica del soggetto*, Milano, Feltrinelli, 2003;
- Fuller Lon Luvois, *The morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964; tr. it. *La moralità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1986;
- Ginsborg Paul, *La democrazia che non c'è*, Torino, Einaudi, 2006;
- Haidt Jonathan, *The Righteous Mind. Why Good People are divided by Politics and Religion*, New York, Oxford University Press, 2012;
- Harvey David, *The condition of postmodernity: an inquiry into the origins of cultural change*, Oxford, Oxford University Press, 1989;
- Lyotard Jean-François, *La Condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Paris, Minuit, 1979; tr. it. *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, Milano: Feltrinelli, 1981;
- Marcasciano Porpora, *Favolose Narranti. Storie di transessuali*, Roma, Ed Manifestolibri, 2008;
- Mazzarella Eugenio, *Vita politica valori. Sensibilità individuali e sentire comunitario*, Guida, Napoli, 2010;
- Nicolini Paola, Pojaghi Barbara, *Sentimenti, pensieri e pregiudizi nella conoscenza dell'Altro*, Milano, Franco Angeli, 2000;
- Panikkar Raimon, Cacciari Massimo, Touadi Jean-Léonard, *Il problema dell'altro. Dallo scontro al dialogo tra le culture*, Città di Castello, L'altrapagina, 2007;
- Pavan Antonio, (a cura di), *Dire persona*, Bologna, Il Mulino, 2003;
- Pavan Antonio, (a cura di), *Enciclopedia della persona nel XX secolo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008;
- Perry Michael J., *The Idea of Rights: Four Inquiries*, Oxford University Press, New York, 1998;

- Sen Amartya, *Identity and Violence: The Illusion of Destiny*, New York, W.W. Norton & Co., 2006; tr. it., *Identità e violenza*, Roma-Bari, Laterza, 2006;
- Sen Amartya, *The Argumentative Indian: Writings on Indian History, Culture, and Identity*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2005; tr. it. *L'altra India. La tradizione razionalista e scettica alle radici della cultura indiana*, Milano, Mondadori, 2005;
- Sennet Richard, *The Corrosion of Character, The Personal Consequences Of Work In the New Capitalism*, London/New York, Norton, 2000; tr. it. *L'uomo flessibile*, Milano, Feltrinelli, 1999;
- Viola Francesco, *I diritti umani sono naturali?* in Francesco Botturi, Roberto Mordacci (a cura di), *Natura in etica*, Milano, Vita & Pensiero, 2009;
- Zagrebelsky Gustavo, *I diritti fondamentali oggi*, Padova, Cedam, 1995;
- Zagrebelsky Gustavo, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992;
- Zolo Danilo (a cura), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Bari, Laterza, 1994;
- Walzer Michael, *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*, Notre Dame, Notre Dame Press, 1994; tr. it. *Geografia della morale*, Bari, Dedalo, 1999.

LA NOCIÓN DE MINORÍA EN LAS DECISIONES JUDICIALES DURANTE LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA BRASILEÑA (1988-2010)

Argemiro Martins
Larissa Mizutani

Introducción

La noción de minoría es un componente importante en las democracias constitucionales y pluralistas de la modernidad. Ella ha sufrido una profunda reinterpretación desde su creación. La idea de minoría en los *Federalist papers*, por ejemplo, es más bien un concepto puramente matemático en el juego de las decisiones parlamentarias ¹. Tal idea es muy distinta de la que tenemos hoy cuando analizamos las demandas de las minorías raciales, religiosas o de género para su reconocimiento. Inclusive la idea de minoría en términos cuantitativos deja de tener un significado preciso: pensemos que hoy en día, en Brasil, las mujeres son la mayoría de la población y, al mismo tiempo, una minoría en lo referente a la protección de los derechos.

Este texto se ocupa del concepto de minoría y su construcción en un contexto dado: el Brasil de la transición democrática. Entre 1964 y 1985, este país vivió bajo la dictadura de los militares la experiencia autoritaria más larga y traumática en su historia. Durante este período, los militares tomaron el poder mediante un golpe de Estado y lo mantuvieron por medio de la represión política, la tortura y el asesinato de oponentes. En este contexto, no había lugar para la noción de minorías constitucionales, como se demostrará a lo largo de este trabajo. Con el fin del régimen militar brasileño y el retorno de la democracia, marcada por la Constitución de 1988, la idea de minorías surge en la experiencia democrática brasileña.

La Constitución de 1988, señalada por el trauma de la experiencia auto-

1 Ver los argumentos de James Madison sobre facciones minoritarias y mayoritarias en Federalista 10, y los argumentos de Alexander Hamilton acerca de lo “judicial review” en el Federalista 78. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The federalist papers*, en *Library of Congress*, base de datos del Congreso norteamericano, compuesta en su mayoría por libros, documentos y textos para consulta en línea, <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers>>, marzo 2016.

ritaria, establece un amplio catálogo de derechos fundamentales, empezando a reconocer las minorías importantes como las mujeres, los indios y los “quilombolas”². Además, la Constitución refuerza el poder judicial con mecanismos de garantía de los derechos fundamentales, así como incrementa el control judicial de constitucionalidad de las leyes. Por lo tanto, la construcción de la noción de minorías en la transición democrática brasileña pasa necesariamente por los jueces y los tribunales. Por esta razón, este estudio centra su análisis en las decisiones del Poder Judicial brasileño.

En el Brasil democrático, las decisiones judiciales se han convertido en el centro de la dinámica política, porque se concede una gran credibilidad al potencial transformador del derecho, mediado por los órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, en varias ocasiones, el poder judicial ha sido capaz de reorientar las discusiones y actuaciones del Estado en el lugar de la representación parlamentaria y legislativa tradicional.

En este contexto, la noción de minorías revela las demandas que los agentes de la sociedad civil, plural y democrática, llevaron al poder judicial. Las nuevas demandas que implican en la dinámica de la igualdad y la diferencia traen consigo un complejo debate sobre el papel del poder judicial y la articulación de los principios constitucionales bajo nuevas perspectivas. La afirmación de los derechos de las minorías satisface la creciente legitimidad atribuida a la esfera judicial, gracias al argumento contramayoritario³, y también hace que el poder judicial sea el camino natural de los que no logran

2 En Brasil, se llamó “quilombolas” a los esclavos rebeldes y fugitivos de la esclavitud que perduraron hasta fines del siglo XIX. En la América hispánica eran conocidos como “cimarrones”. Ellos vivían en rincones apartados de las ciudades y de los latifundios, en locales llamados de “quilombos”. Hasta hoy, hay descendientes de los antiguos “quilombolas” que viven en sus locales tradicionales. Se estima que hay en Brasil cerca de tres mil pueblos “quilombolas”, de acuerdo con cifras del gobierno brasileño. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), *Política quilombola*, <<http://www.incra.gov.br/estrutura-fundiaria/quilombolas>>, marzo 2016.

3 La noción de minoría es esencial al argumento contramayoritario. Desde su formulación original por Alexander Hamilton en el Federalista 78 hasta su versión más sofisticada en la teoría de Ronald Dworkin, la existencia de minorías justifica el poder de la revisión judicial contra el riesgo de la tiranía de la mayoría. En general, la ampliación del concepto de minoría implica en la expansión de los poderes judiciales en el proceso de reconocimiento de los derechos de las minorías. Ver Ronald Dworkin, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in Id, *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge - Massachusetts, Harvard University Press, 1996, pp. 1-38.

obtener el reconocimiento de sus demandas en otras instancias de poder, el ejecutivo y el parlamento.

En este sentido, el análisis de la categoría de las minorías en las decisiones judiciales brasileñas revela cómo se ha ejercido el poder discrecional de los jueces. Por un lado, el uso de esta categoría puede ser irrelevante si el juez decide que la diferencia no es suficiente para un tratamiento distinto del demandante, en razón de la igualdad formal que presupone la igualdad de todos ante la ley sin distinción. Por otra parte, se puede utilizar tal categoría como refuerzo a la argumentación para el reconocimiento de los derechos fundamentales de las minorías que antes eran ignorados. En este último caso, se puede ver que el uso de la categoría de las minorías puede establecer quiénes son las minorías brasileñas, de acuerdo con la comprensión del poder judicial.

Si las minorías se mencionan expresamente en la Constitución, tales como indígenas, los “quilombolas”, las personas con discapacidad y las mujeres, el reconocimiento de los derechos a estas identidades suele ser más directo y objetivo. Si la demanda analizada no tiene una referencia textual en la Constitución, hay dificultades porque están sujetas a las ideas preconcebidas de los jueces; así, en Brasil, los gitanos no son reconocidos como minorías a pesar de sufrir discriminación⁴. Por supuesto, la disposición expresa en la Constitución no resuelve todo el problema, pero puede dar fundamento a los argumentos que podrían ser decisivos en el reconocimiento de un grupo como una minoría.

Otro aspecto importante se refiere a la capacidad de organización política y social de los grupos minoritarios para obtener la visibilidad de sus demandas y hacer las presiones políticas necesarias para cumplir sus agendas. Esta capacidad política y social se refleja de alguna manera en la percepción de los jueces. La construcción de una decisión judicial no pasa únicamente por procedimientos legales. La percepción que el juez tiene de los grupos minoritarios pasa a través de los medios de comunicación, así como, por su *status* social e instrucción personal, entre otros factores.

Considerar a un grupo como minoritario es darse cuenta de su desigual-

4 En una decisión judicial del “Superior Tribunal de Justiça” de 1994 acerca de un delito penal, existe la siguiente declaración: «Não se relaxa prisão preventiva de réu que devido a sua condição de cigano não tem residência fixa» (*Recurso de Habeas Corpus* n.º 3.467). Es decir, la condición de gitano fue la causa que justificó el mantenimiento de la prisión en el fallo judicial.

dad social. El análisis de las minorías sirve también para poner en relieve el lugar que ocupan los diversos grupos desaventajados de la sociedad. Es evidente que es siempre posible hacer mal uso de tal concepto constitucional. Sin embargo, la idea de minoría como estrategia de argumentación jurídica no pierde la importante función de revelar la discriminación, los prejuicios y las injusticias naturalizadas en el contexto político y social.

Este estudio tiene como objetivo presentar la percepción que el poder judicial brasileño tiene sobre quienes son las minorías y cómo el derecho se aplica a ellas. La base para la investigación son las decisiones de los tribunales brasileños ⁵, considerando los casos juzgados desde el surgimiento de la actual Constitución brasileña, en 5 de octubre de 1988, hasta la fecha de 31 de julio de 2010 ⁶. De los 265 casos seleccionados ⁷, destacaremos, en primer lugar, cuáles son los grupos minoritarios considerados por el poder judicial brasileño y, en segundo lugar, como las minorías son percibidas en las decisiones judiciales. La propuesta es hacer el examen del contenido de las decisiones judiciales que abordan la cuestión de las minorías, no sólo el examen estadístico y numérico.

5 El Brasil es un Estado federal, así su estructura judiciaria se compone de los tribunales federales y de los tribunales locales. El sistema judicial de los Estados autónomos se compone por los jueces individuales y por los respectivos “Tribunais de Justiça”. En Brasil hay actualmente 26 Estados autónomos más el Distrito Federal, así hay 27 tribunales locales. La jurisdicción federal, a su vez, se componen de jueces federales y de los “Tribunais Regionais Federais”, distribuidos en cinco áreas que llegan a abarcar varios Estados autónomos y el propio Distrito Federal. Por último, están los tribunales superiores, el “Superior Tribunal de Justiça”, a cargo de los conflictos que afectan a la ley federal, y el “Supremo Tribunal Federal”, el máximo órgano de la estructura judicial a quien corresponde, sobre todo, el control de la constitucionalidad de las leyes federales y de las leyes de los Estados autónomos.

6 Fueron utilizadas las bases de datos oficiales disponibles en las páginas electrónicas, señalando que todos los tribunales brasileños publican sus decisiones en *internet*. Es de destacar que algunos de los tribunales tienen registros sólo a partir de 2002. Los criterios utilizados para seleccionar las decisiones que integran el conjunto de análisis se basa en la existencia de una controversia acerca de los derechos fundamentales y los principios constitucionales, en particular el principio de igualdad.

7 Entre los 265 casos examinados en el período de 1988 a 2010, identificamos 94 casos referentes a indígenas, 63 casos referentes a homosexuales, 40 casos referentes a negros o afrobrasileños, 28 casos referentes a “quilombos”, 12 casos referentes a gitanos, 12 casos referentes a mujeres, 12 casos referentes a discapacitados y 4 casos referentes a judíos.

Estructuramos el texto de esa manera. Primeramente, haremos una breve presentación sobre el tratamiento de las minorías en el período dictatorial brasileño. En un segundo paso, vamos a tratar del momento constituyente de Brasil (1987-1988) que dio lugar a la actual Constitución y que desempeña un papel importante en el reconocimiento de las minorías históricamente desaventajadas. En un tercer paso, vamos a tratar de las minorías reconocidas por la actuación del poder judicial brasileño en el período de transición democrática. Por último, presentaremos los resultados de nuestra investigación.

1. *El poder judicial durante la dictadura militar brasileña: la invisibilidad de las minorías*

La investigación sobre las decisiones del Poder Judicial brasileño durante el período entre 1964 y 1985 constató un bajo número de casos sobre los derechos de las minorías. Así es porque el régimen militar no reconoció las minorías en cualquier sentido. Con el poder firme en las manos del Ejecutivo y con una constitución meramente simbólica, el poder judicial raras veces se oponía al aparato represivo de la dictadura militar. Cuando esto ocurrió, los militares actuaron con truculencia. En enero de 1969 empezó el período más represivo de la dictadura militar, cuando tres jueces de la Corte Suprema fueron retirados de sus funciones, así como se suspendieron las garantías de independencia del poder judicial y el uso del *habeas corpus* para los delitos políticos. Después de eso, el judiciario brasileño ya no se opuso más al régimen militar. Anthony Pereira ⁸ constató que en Brasil hubo una gran colaboración entre los dictadores militares y el poder judicial, más que en el Chile de Augusto Pinochet y en la Argentina de Jorge Rafael Videla. En este contexto, los grupos minoritarios como las mujeres, los negros y los homosexuales fueron ignorados. Se puede concluir que la invisibilidad de estas personas para el Estado brasileño en el período dictatorial se vio reflejada en el poder judicial.

Sin embargo, hubo un número significativo de casos judiciales acerca de los indígenas, algunos decididos en el propio “Supremo Tribunal Federal” el

⁸ Anthony Pereira. *Political (In)Justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina*, Pittsburg, University of Pittsburg Press, 2005, tr. por. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, São Paulo, Paz e Terra, 2010, p. 113 ss.

más alto tribunal de la justicia brasileña. Los casos judiciales involucraban las cuestiones de demarcación de tierras indígenas, y las cuestiones de competencia judicial entre los tribunales federales y locales acerca de los indios. Hay que tener en cuenta que la dictadura militar promovió un gran desarrollo en la economía del país, la consecuencia fue la expansión de los latifundios en las tierras ocupadas por los indígenas. Así, los conflictos eran inevitables y con terribles consecuencias para los pueblos indígenas de Brasil. Como se señaló en el Informe de la Comisión Nacional de la Verdad ⁹: «os diversos tipos de violações dos direitos humanos cometidos pelo Estado brasileiro contra os povos indígenas no período aqui descrito se articularam em torno do objetivo central de forçar ou acelerar a “integração” dos povos indígenas e colonizar seus territórios sempre que isso foi considerado estratégico para a implementação do seu projeto político e econômico» ¹⁰.

Los indios tenían visibilidad solamente a causa de los conflictos por la tierra, porque había un proceso de desarrollo político y económico destinado a su absorción cultural por la cultura brasileña dominante. Como señala Juliana Neuenschwander Magalhães, el indio era apenas un obstáculo para el desarrollo del Estado autoritario brasileño, su inclusión fue parte de la «estrategia de expropiación» de sus tierras tradicionales y aniquilación de su cultura ¹¹.

Paradójicamente, el Supremo Tribunal Federal reconoció el derecho de los indígenas en pocos fallos, como en el caso de los indios “Kadiwéus” juzgado en 1969 (*Apelação Civil* n.º 9.620). En este caso, el Tribunal Supremo garantizó la manutención de los límites originales de la reserva de los “Kadiwéus” contra una ley del Estado de Mato Grosso que ha reducido drásticamente las dimensiones territoriales de esta tierra indígena. Pero, no se reconoció a los indios como una minoría, inclusive la decisión de declarar la

9 La Comisión Nacional de la Verdad fue creada en 2011 por la Presidente Dilma Rousseff con el fin de investigar las violaciones de los derechos humanos que tuvieron lugar en Brasil entre 1946 y 1988. En diciembre de 2014, la Comisión presentó su informe final, después de casi treinta años del fin de la dictadura militar en Brasil.

10 Comissão Nacional da Verdade, *Violação dos direitos humanos dos povos indígenas*, Relatório final, Volume II (textos temáticos), texto 5, p 251, <http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>, marzo 2016.

11 Juliana Neuenschwander Magalhães, *Diversidade cultural e justiça de transição: os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, 2015, p. 1156.

inconstitucionalidad de la ley provincial ocurrió por razones de competencia legal: en Brasil, las tierras indígenas son patrimonio federal y no se regulan por una ley provincial.

En otro caso de conflicto por la tierra, el Supremo Tribunal no reconoció la reclamación de los latifundistas contra la demarcación de la reserva indígena “Parabubure”, por razones de derecho formal. En esta decisión no se menciona la palabra minoría una sola vez. Además, un juez de la Corte así ha expresado su opinión acerca de los indios brasileños: «Ora, nós somos um país de imigração, um País continental, em que o homem civilizado abre caminho para a construção de seu império. Isto se fez sempre, através da História, à custa do aborígene, não só no Brasil, como na América do Norte, na Austrália, na África, na Sibéria, em qualquer parte do mundo» (*Mandado de Segurança* n.º 20.234, juzgado en 1980). Este sentimiento racista e intolerante expresado por el juez del Tribunal Supremo fue compartido por muchos en la sociedad brasileña de la dictadura. Por desgracia, este tipo de pensamiento conservador prevalece en Brasil hasta nuestros días ¹².

A pesar de los fallos judiciales a favor de los indios, las decisiones del Supremo Tribunal fueron inocuas porque no detuvieron las invasiones de tierras indígenas. Esto fue así porque las graves violaciones de los derechos de los pueblos indígenas –como el asesinato, el genocidio y el desplazamiento forzoso de sus tierras– no estuvieron sujetas a la revisión judicial gracias al acuerdo entre los latifundistas y las autoridades públicas. Y cuando los jueces se pronunciaban, ellos «raramente se detinham a *olhar* para o índio como sujeito de direitos, em suas especificidades culturais» ¹³.

Todavía, se puede percibir la invisibilidad de la noción de minoría en los casos judiciales que trataban de los derechos de las mujeres. Hay que poner de relieve una faceta de la ideología conservadora que informó a la dictadura

¹² En Brasil, los indios son considerados como minorías raciales o culturales, pero no como minorías nacionales a pesar de sus lenguas, creencias religiosas y prácticas sociales distintas. Esto es explicable por el viejo prejuicio de la inferioridad de los indios frente a la población blanca de origen europea. Los indios son considerados incapaces de autonomía política, y por lo tanto requieren invariablemente la tutela del Estado. Como ha señalado Will Kymlicka: «Brazil has been particularly insistent in its claims that it has no national minorities, and the decimation of its Indian tribes is dangerously close to making that claim true», Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 21.

¹³ Juliana Neuenschwander Magalhães, *Diversidade cultural e justiça de transição: os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil*, cit., p. 1159.

militar brasileña, llamada la «preservación de la moral y las buenas costumbres». En la dictadura militar prevaleció la opinión de que la libertad sexual y la pornografía serían formas de subversión utilizadas por los comunistas para socavar los fundamentos morales de la sociedad brasileña en su lucha revolucionaria por el poder. Aunque delirante y paranoica, esta idea fue compartida por el alto *staff* de los funcionarios de los gobiernos militares, como el jurista Alfredo Buzaid que ocupó el Ministerio de Justicia entre 1969 y 1974, y el propio Supremo Tribunal Federal entre 1982 y 1984. En 1970 publicó un libreto de sugestivo título «Em defesa da moral e dos bons costumes», en el cual defiende la censura practicada por el régimen militar, no sólo en las cuestiones de política, sino más bien en las de carácter moral¹⁴. En este contexto ideológico, el feminismo y la lucha por los derechos de las mujeres simplemente no tenían lugar.

Un caso emblemático fue el de dos mujeres que intentaron tomar parte en un proceso de selección pública para el cargo de comisario de la policía en el Estado de Paraná por los años 1980. Después de tener su solicitud denegada, se les permitió participar de la selección por decisión de un juez, confirmada por el Tribunal de Justicia del Estado. Básicamente, el argumento de los jueces de esta corte se basaba en el libre acceso de todos los brasileños a la función pública y como no había leyes que reservaban el cargo a los hombres, así las mujeres podían participar en la selección pública. Sin embargo, había un decreto de la Administración Pública sin fuerza de ley que admitía solamente hombres en el cargo de comisario de policía. Cuando el caso llegó a la Corte Suprema, la decisión fue reformada con el fin de prohibir a las mujeres tomar parte en el proceso de selección pública. De acuerdo con el juez de la Corte Suprema, tal prohibición a las mujeres «não ofende o princípio da isonomia, porque a discriminação pode ser justificada em face da natureza especial das funções e do interesse do serviço público» (*Recurso Extraordinário* n.º 93.122). Lo que no se menciona en la decisión es la supuesta «naturaleza especial de las funciones» o mismo el supuesto «interés del servicio público» que excluía a las mujeres de la policía. Tal argumentación no es jurídica, es más una imaginación misógina.

14 Sobre la censura en la dictadura militar brasileña, ver Lucas Borges de Carvalho, *O controle público sobre a programação da TV no Brasil : entre a censura, a democracia e a liberdade de expressão*, tesis doctoral presentada en el Curso de Posgrado en Derecho de la Universidad de Brasília en marzo de 2015, pp. 26-96, <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/17866>>, abril 2016.

Gracias a los recursos del intrincado sistema de la jurisdicción brasileña, el caso fue discutido de nuevo en el Tribunal Supremo en 1983. En esa ocasión, el juez Alfredo Buzaid mantuvo la decisión anterior de su colega. Argumentó que el acceso de las mujeres a los cargos públicos de la policía podía ser vedado por un decreto sin fuerza de ley. En este caso, es curioso que el principio de la igualdad se considera una regla general que aloja cualquier contenido arbitrario establecido por una autoridad cualquiera. Una vez más, la noción de minorías no surge en el debate constitucional del Tribunal Supremo de la dictadura brasileña, permaneciendo invisible y dando espacio a otros conceptos más coherentes con el espíritu autoritario de la época, tales como “la preservación de la moral y las buenas costumbres”.

Tratamos aquí de algunos casos judiciales de indígenas y mujeres, dejando aparte otros acerca de los negros, los homosexuales y otras minorías relevantes. Sin embargo, creemos que quedó demostrado que la idea de las minorías simplemente no existía en la justicia brasileña de la dictadura. Estamos de acuerdo con la conclusión de la Comisión Nacional de la Verdad en su Informe final cuando dijo que «as decisões do Poder Judiciário, quando do período ditatorial, refletem, muitas vezes, seu tempo e seus senhores; são expressões da ditadura e de seu contexto de repressão e violência»¹⁵.

2. *La Asamblea Constituyente y el reconocimiento de las minorías en el derecho constitucional brasileño*

La transición democrática en Brasil osciló entre dos extremos, la continuidad y la ruptura. Por el lado de la continuidad, los militares trazaron una estrategia política de transición, llamada por el general Ernesto Geisel (dictador militar entre 1974 y 1979) de «processo da lenta, gradativa e segura distensão»¹⁶. Por lo tanto, los militares orquestaron una transición a la democracia sin rupturas bruscas, de modo distinto de lo que ocurrió en Argentina. En este país, los militares desgastados por la derrota en la Guerra de las Malvinas no lograron evi-

¹⁵ Comissão Nacional da Verdade, *O judiciário na ditadura*, Relatório final, Volume I, capítulo 17, p. 957.

¹⁶ Ernesto Geisel, *Discurso feito aos dirigentes da ARENA no Palácio da Alvorada* en 29 de agosto de 1974, p 122, base de datos de la biblioteca de la Presidencia de la República del Brasil, compuesta en su mayoría por libros, documentos y textos para consulta “on-line”, <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos/1974/17.pdf>>, marzo 2016.

tar la condenación de muchos generales por sus crímenes. En Brasil, muchas cuestiones de política importantes quedaron fuera del proceso de transición democrática, especialmente la investigación y sanción de los crímenes contra la humanidad cometidos por los agentes represivos del Estado. Mientras que en Argentina una Comisión de la verdad se estableció en 1983 y presentó su informe un año después ¹⁷, en Brasil, el gobierno creó una Comisión similar solo en 2011, cuyo informe fue presentado en 2014, es decir, casi 30 años después del final de la dictadura militar brasileña. Además, es emblemático que el dictador argentino Jorge Rafael Videla murió en la prisión, al paso que todos los dictadores militares brasileños murieron en sus casas, sin nunca pisar en un tribunal.

En Brasil, por el lado de la ruptura, con la aparición de nuevos actores y movimientos sociales se comenzó a desafiar la dictadura militar en los fines de los años 1970. Los sindicatos de los trabajadores metalúrgicos, bajo el liderazgo de Luis Inacio Lula da Silva, promovieron muchas huelgas en defensa de los derechos de los trabajadores y contra la dictadura. Además de estos nuevos actores, viejas organizaciones que anteriormente apoyaron el golpe militar en 1964 comenzaron a desafiar al régimen, tales como la Iglesia Católica y la Orden de los Abogados de Brasil. El éxito de los militares en la transición democrática no significó, sin embargo, la anulación de los actores de la sociedad civil que también obtuvieron logros importantes, especialmente en el contexto de la Asamblea Nacional Constituyente en 1987 y 1988.

Como ha señalado Stéphane Monclaire, el proceso constituyente brasileño fue «o mais complexo e o mais rico do ponto de vista científico e da arqueologia constitucional», esto fue así porque la constituyente tomó un largo tiempo de elaboración (del 1 de febrero de 1987 hasta el 5 de octubre de 1988), movilizó la sociedad brasileña en larga escala y resultó en un texto constitucional prolijo y contradictorio ¹⁸. Cabe señalar que la Asamblea Constituyente también osciló entre los extremos de la continuidad y la ruptura. Principalmente porque no fue una Asamblea Constituyente exclusiva, o sea

¹⁷ *Nunca Mas*, Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), Buenos Aires, EUDEBA, 1984.

¹⁸ Stéphane Monclaire, *Um processo de longo prazo*, in *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Os alicerces da redemocratização*, Volume I, Brasília, Senado Federal, p. 01, base de datos de la biblioteca del Senado federal del Brasil, compuesta en su mayoría por libros, documentos y textos para consulta “on-line”, <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/um-processo-de-longo-prazo>>, marzo 2016.

en 1986 hubo elección de representantes parlamentarios para el Congreso Nacional que tenían poderes para elaborar una nueva constitución. No había una convención constitucional distinta del legislativo, no existía una clara distinción entre el *pouvoir constituant* y el *pouvoir constitué*. La Enmienda Constitucional n.º 26 de 1985 convocó una Asamblea constituyente en el marco de la Constitución dictatorial de 1969¹⁹. El hecho de que ella fue creada por una reforma constitucional ocasionó un intenso debate. Por un lado, los partidarios de la dictadura defendieron una constituyente con poderes limitados y que marcaría una transición “lenta, gradual y segura” y, por otro lado, los críticos de la dictadura defendieron una constituyente con plenos poderes para marcar una verdadera ruptura con la constitución autoritaria. A pesar de las dificultades y los obstáculos creados por los grupos políticos conservadores en la Asamblea Constituyente, sucedió que las organizaciones de la sociedad civil lograron proponer una agenda de temas políticos olvidados por la dictadura militar. Como ha señalado Leonardo Barbosa, los que buscaban una ruptura con la dictadura tradujeron los «problemas experimentados concretamente por setores excluídos da sociedade em *demandas por direitos*»²⁰.

Primeramente, el trabajo de la Asamblea Constituyente procedió por medio de ocho comités y veinticuatro subcomités responsables por la presentación de proyectos sobre temas específicos que después formaron en conjunto un proyecto general de Constitución. Entre las distintas comisiones, destacamos la «Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher» y la «Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias» por interesar directamente a nuestro tema. Cada comité o subcomité tenía su propia dinámica, las preferencias políticas e ideológicas de los miembros de las comisiones parlamentarias determinaban la apertura en mayor o menor grado a las consultas y conversaciones con

19 Los dictadores militares en Brasil hicieron dos nuevas constituciones en 1967 y 1969. En principio los militares mantuvieron formalmente la Constitución democrática de 1946 y agregaron leyes supraconstitucionales. En 1967 surgió la primera constitución de la dictadura para señalar la consolidación del régimen autoritario. En 1968 hubo grandes manifestaciones de estudiantes contra la dictadura en las principales ciudades del país. Los militares reaccionaron con más represión y con el cambio constitucional. La Enmienda n.º 1 de 1969 fue formalmente una reforma de la constitución de 1967, pero en realidad ha sido más una nueva constitución que señaló el recrudecimiento de la dictadura.

20 Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2012, p. 241.

representantes de la sociedad civil. La Comisión de la Soberanía y Derechos y Garantías del hombre y la mujer fue integrada por muchos parlamentarios no comprometidos con la causa feminista y la igualdad de género: de los 61 constituyentes, sólo cuatro eran mujeres. El Subcomité de negros, indígenas, personas con discapacidad y las minorías fue integrado por representantes de los grupos minoritarios como los negros, los indígenas, las personas con discapacidad, los homosexuales y judíos, así como académicos, estudiosos y activistas de derechos humanos. Es curioso observar que esta Subcomisión ha sido olvidada por la prensa y por los propios constituyentes ²¹.

En estas comisiones parlamentarias, la idea de minoría significó la ausencia de representación política en los poderes públicos y la marginalización de determinados grupos sociales. En general, los representantes de la sociedad civil reclamaron el resguardo de los derechos de las minorías en la nueva constitución. En el Brasil de la transición democrática, las experiencias de violaciones de los derechos humanos llevaron a las personas a buscar protección en la constitución, cuyas reglas son más difíciles de cambiar gracias a los procedimientos complejos de reforma constitucional. Pero ellas tenían en cuenta que una garantía en el texto de la Constitución quizá no es una solución definitiva, pues siempre hay el riesgo de la ineficacia. Sin embargo, siempre es posible cobrar el cumplimiento de una garantía constitucional. Como escribió Marcelo Neves: «o contexto da constitucionalização simbólica proporciona o surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, integrados na luta política pela ampliação da cidadania» ²².

La Constitución de 1988 estableció los derechos de las minorías, reconociendo dos minorías étnicas (los indígenas y los “quilombolas”) y dos minorías sociales (las mujeres y los discapacitados). En cuanto a las mujeres, la Constitución garantiza que «los hombres y las mujeres son iguales en derechos y obligaciones» (Artículo 5, I), y declara que «los derechos y obligaciones de la sociedad conyugal serán ejercidos por igual entre el hombre y la mujer» (Artículo 226, § 5). Además, se garantizó la «protección del mercado laboral para las mujeres» (Artículo 7, XX) y prohibió la «diferencia salarial, el

21 Senado Federal do Brasil. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*, base de datos de la biblioteca del Senado federal del Brasil, compuesta en su mayoría por documentos y textos acerca de la Convención Constituyente de 1987-1988 para consulta “on-line”, <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>, febrero 2016.

22 Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Acadêmica, 1994, p. 162.

ejercicio de funciones y criterios de admisión por razón de sexo, edad, color o estado civil» (Artículo 7, XXX). En consideración a las minorías culturales, la Constitución establece el deber del Estado brasileño en la protección de las «manifestaciones de culturas populares, indígenas y afrobrasileñas, y otros grupos participantes en el proceso de civilización nacional» (Artículo 215, § 1). En cuanto a los indios, fueron reconocidos «su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos sobre las tierras que tradicionalmente ocupan» (Artículo 231). Además, la Constitución estableció la enseñanza de las lenguas indígenas en las escuelas públicas (Artículo 210, § 2). En cuanto a los “quilombolas”, la Constitución reconoció su derecho a la «propiedad definitiva» sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellos (Artículo 68 de las disposiciones transitorias). En cuanto a las personas con discapacidad, la Constitución prohíbe «toda discriminación con respecto a los salarios y los criterios de admisión del trabajador portador de discapacidad» (Artículo 7, XXXI) y reserva un «porcentaje de cargos y empleos públicos para las personas con discapacidad» (Artículo 37, VIII). Además, el Estado brasileño debe «cuidar de la salud y la asistencia pública, la protección y la seguridad de las personas con discapacidad», así como asegurar su «integración social» (Artículo 23, II y XXIV), a través de «educación especializada» (Artículo 208, II). En fin, determina el desarrollo de una legislación con «normas de construcción adecuadas de parques públicos y edificios de uso público y la fabricación de vehículos de transporte público con el fin de garantizar un acceso adecuado a las personas con discapacidad» (Artículo 227, § 2). Estos derechos son descritos por menudo, ya que surgieron de las demandas concretas presentadas a los constituyentes en las comisiones parlamentarias. Como constató Jürgen Habermas: «Most articles in a bill of rights resonate with a suffered injustice that is negated word for word, as it were»²³.

La actual Constitución brasileña fue el resultado de un proceso sin precedentes en la historia del país, pues por la primera vez las organizaciones de la sociedad civil y los movimientos populares acudieron a las distintas comisiones parlamentarias de la Asamblea Constituyente. A pesar de sus contradicciones y omisiones, la Constitución de 1988 escribió una nueva página en la larga historia de marginalización y olvido de las minorías brasileñas.

23 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1992, tr. in. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge - Massachusetts, MIT, 1998, p. 389.

3. *El poder judicial en la vigencia de la Constitución de 1988: las minorías se hacen visibles*

Con la Constitución de 1988, la idea de minorías surge en las decisiones judiciales brasileñas. A pesar del reconocimiento constitucional, esto no implicó el pronto reconocimiento de los derechos de las minorías por el poder judicial. Inmediatamente después de la promulgación de la Constitución de 1988, el Tribunal Supremo no aplicó muchos derechos sociales garantizados en la nueva constitución, alegando la falta de leyes reguladoras. Como ha señalado Roberto Gargarella:

«El hecho es que nuestra vida jurídica va mucho más allá de los textos que escribimos y luego pretendemos modificar. El hecho es que una vez que ponemos en marcha ciertos mecanismos institucionales –mecanismos que afirmamos día a día con complicadas y ambiguas prácticas de aplicación– comenzamos a dar forma a un entramado que de a poco se enraíza en nuestra realidad. Obviamente, cuanto más profundas son las raíces de nuestro sistema institucional, mayores son las dificultades para cambiarlas, a través de la introducción de cambios en la letra de algunos textos» ²⁴.

Sin embargo, las decisiones judiciales analizadas muestran que la disposición constitucional de las demandas de las minorías representan una ventaja argumentativa en el proceso judicial. En general, tal postura del poder judicial se debe a la fuerte tradición positivista brasileña que tiene en el texto escrito su referencia principal para el reconocimiento de los derechos. Como ha señalado Keith S. Rosenn: «A cultura jurídica brasileira é altamente legalista, ou seja, na tradição do positivismo jurídico, valoriza-se excessivamente a norma escrita e formal como crivo da experiência humana. [...] Acha-se que novas instituições ou práticas não devem ser adotadas, sem prévia autorização legal» ²⁵. Tal cultura legalista tiene otros dos rasgos característicos del positivismo jurídico: el escepticismo moral ²⁶ y el decisio-

²⁴ Roberto Gargarella, *Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional*, en Id. (Coordinador), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 525.

²⁵ Keith S. Rosenn, *O jeito na cultura jurídica brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 53-54.

²⁶ Como dijo Eugenio Bulygin, el escepticismo axiológico está en el corazón de la teoría positivista del derecho, lo que invariablemente conduce a un decisionismo judicial respecto a los valores: «Podría decirse que en la base de mi concepción de la filosofía del Derecho y de mi adhesión al positivismo jurídico se encuentra mi escepticismo axiológico,

nismo judicial ²⁷. Estos rasgos están presentes en la interpretación judicial de los derechos de las minorías étnicas, en particular, cuando ella se fundamenta en estereotipos y en argumentos de orden moral. Estos son recursos disponibles y bien recibidos por los tribunales brasileños como legítimos en sus fallos.

En las decisiones del Tribunal Supremo, durante mucho tiempo, se mantuvo la noción de indígenas como primitivos y poco desarrollados. En estas decisiones se presupone que hay una evolución o jerarquía de las poblaciones humanas, donde en la base están los pueblos originarios de América y en la parte superior están las personas “civilizadas” en una clara percepción colonialista del mundo. Así el reconocimiento de los indígenas se da en razón del grado de su aculturación, es decir, de lo cuanto cerca o lejos se está de la cul-

basado en la idea de que los juicios morales, políticos y estéticos dependen en gran medida de emociones, sentimientos y gustos y por lo tanto no están sujetos al control racional. En la medida en que tales juicios dependen de factores emocionales no son susceptibles de ser verdaderos o falsos. Esto de ninguna manera implica que no sean importantes; hay personas que sacrifican su vida por sus ideales políticos, morales o religiosos, pero una cosa es su importancia y otra muy distinta la verdad.» Eugenio Bulygin, *Mi visión de la Filosofía del Derecho*, «Revista DOXA – Cuadernos de Filosofía del derecho», 32, 2009, pp. 89-90, <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/mi-vision-de-la-filosofia-del-derecho/>>, marzo 2016.

27 Para Hans Kelsen (un autor todavía ampliamente citado en las decisiones judiciales brasileñas) la compatibilidad de una norma inferior a otra de superior jerarquía o la conformidad de una decisión judicial con el contenido de la constitución es una cuestión de competencia legal, es decir, es una prerrogativa de aquellos que tienen autoridad legal para decidir: «But, who shall decide whether lower norm corresponds to the higher, whether the individual norm of the judicial decision corresponds to the general norm of statutory and customary law? Only an organ that has to apply the higher norm can form such a decision. Just as the existence of a fact to which a legal norm attaches certain consequences can be ascertained only by a organ in a certain procedure (both determined by the legal order), the question whether a lower norm corresponds to a higher norm can be decided only by an organ in a certain procedure (both determined by the legal order). The opinion of any other individual is legally irrelevant», Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge - Massachusetts, Harvard University Press, 1949, p. 154. El problema de lo propuesto por Kelsen es que la decisión judicial acerca de un derecho cualquier es legítima porque es una decisión tomada por un órgano legalmente competente, sin importar la corrección de la decisión o la opinión de los ciudadanos. Con esto, toda la discusión acerca de la significación y alcance de los derechos constitucionales se reduce a un argumento de autoridad, es decir, a un decisionismo judicial. Tal idea subyace en una significativa parte de las decisiones judiciales brasileñas sobre los derechos de las minorías.

tura del hombre blanco. En el nordeste de Brasil, donde los indios tienen una larga historia de convivencia con poblaciones de origen europeo y africano, el proceso de demarcación de sus tierras se ha estancado, porque el Estado brasileño no les reconoce como indígenas gracias a su aculturación ²⁸.

Eso cambió en el caso de la demarcación de la reserva indígena “Raposa Serra do Sol” en el Estado de Roraima. En este caso, en contra de la demarcación de la “Raposa Serra do Sol” se recurrió al argumento de la aculturación de las tribus indígenas con el fin de deslegitimarlos como indios genuinos. En este sentido, se mencionó el caso de los indios “Ingarikó” que usan ropas, herramientas, anzuelos, rifles de caza y radiograbadoras. Los indios “Wapixanas”, a su vez, tienen una línea de autobús que conecta su comunidad a la capital del Estado. Además, muchos indios trabajan en las fincas ganaderas de la región. El Tribunal Supremo rechazó este argumento al afirmar: «Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva» (*Ação Popular* n.º 3.388, juzgada en 2009). Por lo tanto, el Tribunal Supremo rechazó la idea de que los indios debían permanecer en su estado “primitivo” como condición para su reconocimiento como tal. Ahora bien, la Constitución de 1988 reconoce la autonomía de los pueblos indígenas, es evidente que sólo ellos pueden definir los términos de su identidad sociocultural y cómo conciliar sus tradiciones con los valores de otras culturas.

La demarcación de tierras es un problema común en las demandas que implican dos minorías étnicas brasileñas, los indios y los “quilombolas”. A pesar de la Constitución de 1988 prever cinco años desde su promulgación para la demarcación de las tierras indígenas (Artículo 67 de las disposiciones transitorias), hasta ahora, este proceso no se ha completado. El Tribunal Supremo reconoce que el período de cinco años «não é peremptório», sendo

28 Según el antropólogo João Pacheco de Oliveira: «No Nordeste e no Mato Grosso do Sul, apesar da grande dramaticidade e repercussão dos enfrentamentos ocorridos, a simples identificação e delimitação de terras indígenas estava quase totalmente interrompida. No caso do Nordeste o processo de identificação de terras não avançava por causa de uma atitude de permanente suspeita dos setores técnicos da Funai [*Fundação Nacional do Índio* – organismo del gobierno brasileño responsable por los indígenas] quanto à condição de indígena das coletividades que se reivindicam como tais», João Pacheco de Oliveira, *Sem a tutela, uma nova moldura de nação*, in Ruben George Oliven, Marcelo Ridenti, Gildo Marçal Brandão (Coordenadores), *A Constituição de 1988 na vida brasileira*, São Paulo, Aderaldo & Rothschild, 2008, p. 259.

apenas uma «visão prognóstica sobre os términos dos trabalhos de demarcação» (*Mandado de Segurança* n.º 24.566, juzgado em 2004). En este caso, el Tribunal Supremo rechazó el argumento en contra de la demarcación de las tierras indígenas por el decaimiento del plazo constitucional. Otro problema, es la demarcación de las tierras que se encuentran bajo la administración del Estado brasileño. Como ejemplo de estos casos, tenemos el caso de la isla de “Marambaia” en el Estado de Río de Janeiro, donde un fallo del Tribunal Federal determinó que un “quilombola” sería desplazado por habitar las tierras administradas por la Marina de Brasil, a pesar de residir cerca de cuarenta años en el lugar. Esta decisión fue revocada por el Tribunal Supremo con el fin de reconocer el derecho del “quilombola” a la propiedad del sitio. De acuerdo con esta decisión: «Os quilombolas têm direito à posse das áreas ocupadas pelos seus ancestrais até a titulação definitiva, razão pela qual a ação de reintegração de posse movida pela União não há de prosperar, sob pena de por em risco a continuidade dessa etnia, com todas as suas tradições e culturas» (*Recurso Especial* n.º 931.060, juzgado em 2010).

En relación a los derechos de la mujer, cabe destacar los casos de aborto terapéutico de los fetos anencefálicos. La anencefalia es una enfermedad que afecta al sistema nervioso e impide el desarrollo del cerebro del feto, implicando obviamente en su muerte al momento de nacer. En Brasil, el aborto es un crimen, y es permitido sólo en dos excepciones: cuando no hay otro medio de salvar la vida de la madre y cuando el embarazo resulta de la violación (artículos 124 a 128 del Código Penal). Por lo tanto, no existe ninguna disposición legal para el caso de anencefalia, lo que ocasionó una serie de demandas por parte de las madres de fetos anencefálicos con el fin de admitir más esta excepción a la prohibición del aborto. En 2004, el Supremo Tribunal reconoció el derecho de las mujeres embarazadas para realizar abortos en casos de anencefalia (*Habeas Corpus* n.º 84.025). Esta decisión tuvo efecto sólo para el caso particular. En el mismo año, el Supremo Tribunal fue provocado a pronunciarse una vez más sobre el tema, ahora en una acción que permite una decisión con efectos generales y válida para todos los casos similares (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* n.º 54). El intrincado sistema de control de constitucionalidad de Brasil permite que las decisiones del Supremo Tribunal tengan efectos generales o específicos según el tipo de acción constitucional, así como permite una amplia discrecionalidad de los jueces en la determinación de los efectos de sus decisiones. Sucedió que el Supremo Tribunal reconoció el derecho al aborto en casos de anencefalia sólo

en 2012, es decir, después de casi ocho años de la representación. Este atraso injustificado causó un gran debate público entre los movimientos feministas y los grupos religiosos que se oponen al aborto, lo que justifica la declaración de Ronald Dworkin: «A claim of right presupposes a moral argument and can be established in no other way»²⁹.

En la primera década de 2000, las universidades del Estado de Río de Janeiro pusieron en práctica políticas de cuotas para negros, seguidas por muchas universidades federales. En Brasil, las políticas de acción afirmativa se limitaron a las universidades públicas y constituyen la mayoría de los casos judiciales estudiados aquí sobre los derechos de los negros. Cuando se intentó establecer una política afirmativa en otras instituciones públicas, el poder judicial opuso resistencia. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais declaró inconstitucional una ley que estableció cuotas para negros en un proceso de selección pública de personas para el servicio de salud de un municipio. El fallo hace una interpretación formalista y estrecha del principio de la igualdad: «o tratamento desigual entre “negros” e “brancos”, em concurso público [...] não se respalda em justificativa objetiva e razoável, pois além de o critério de discriminação da raça não ser genericamente aceito, esta exigência está completamente afastada da finalidade do concurso público - a seleção dos melhores candidatos» (*Apelação Cível* n.º 1.0079.05.183566-2/001, juzgado em 2007). Incluso dentro de las universidades, la política de cuotas raciales ha sido cuestionada. En 2009, en un caso judicial se cuestionó el criterio étnico o racial para la reserva de cuotas en la Universidad de Brasilia. En esta ocasión, el Supremo Tribunal reconoció la constitucionalidad de las cuotas raciales en las universidades públicas brasileñas (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* n.º 186, juzgada em 2012).

Brasil es un país de mayoría católica, siendo ésta la religión oficial hasta la proclamación de la República en 1891. Esta fuerte tradición se hace sentir hasta hoy, pues los festivos nacionales todavía están relacionados con acontecimientos de la historia política del país o con acontecimientos de la tradición católica. Esta situación hiere las religiones minoritarias, especialmente aquellos que preservan el sábado, como los adventistas y los judíos. En las escuelas y universidades, así como en la selección de personal para la administración pública, el sábado se considera día laborable. Pocos son los casos

29 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge - Massachusetts, Harvard University Press, 1978, p. 147.

que reconocen las creencias minoritarias en este tema. En el Estado de Paraná, el Tribunal Federal reconoció el derecho de un estudiante adventista de no asistir a clases los sábados (*Apelação em Mandado de Segurança* n.º 2007.70.00.031253-5, juzgado em 2008). Sin embargo, cuando se trata de la selección de personal para ingreso en la administración pública o en la universidad, los tribunales no reconocen las demandas de las minorías religiosas. En estos casos, los jueces argumentan que sería un privilegio o beneficio injustificable para los seguidores de estas religiones en detrimento de los demás. En 2003, en un caso que tuvo impacto en la opinión pública el Supremo Tribunal desestimó el recurso de un editor y escritor que publicó libros antisemitas y revisionistas del Holocausto de los Judíos en los campos de concentración nazis, en este fallo el antisemitismo se equipara con el crimen de racismo (*Habeas Corpus* n.º 82.424).

En cuanto a las religiones afrobrasileñas, la situación es más grave porque se trata de la discriminación por medio de discurso de odio, especialmente por los seguidores de las religiones cristianas neopentecostales. El problema se refiere a la forma como los tribunales brasileños deciden estos conflictos. No es raro que las decisiones judiciales se presenten de forma decisionista, es decir, sin fundamento en la equidad y con base en impresiones subjetivas o prejuicios de los jueces. En dos casos esto es evidente. En el primer caso, un obispo neopentecostal fue absuelto del crimen de incitación a la discriminación de religión o creencia, el Tribunal de Justicia de São Paulo alegó en su decisión la defensa de la libertad de expresión religiosa, a pesar del ataque a las creencias afrobrasileñas contenida en el libro de autoría del obispo y de sugestivo título *Orixás, Caboclos e Guias: deuses ou demônios* ³⁰. En el segundo caso, otro obispo neopentecostal fue condenado por haber pisoteado la imagen de Nuestra Señora de Aparecida en un programa de televisión, esta imagen católica es considerada la “Patrona de Brasil”. Esto demuestra que el ataque a las creencias afrobrasileñas, como la “Umbanda” o el “Camdomblé”, no tiene el mismo peso que el ataque a las creencias cristianas del catolicismo. El hecho que los tribunales brasileños llevan crucifijos en sus salas de audiencias refuerza esta impresión ³¹.

30 Edir Macedo, *Orixás, Caboclos e Guias: deuses ou demônios*, Unipro, Rio de Janeiro, 1997.

31 Sobre los conflictos entre los neopentecostales y las religiones afrobrasileñas, ver Milene Cristina Santos, *O proselitismo religioso entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: a “guerra santa” do neopentecostalismo contra as religiões afro-bra-*

A principios de este siglo, los tribunales de los Estados autónomos y los tribunales regionales federales comenzaron a juzgar los asuntos relativos al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, tomando distintas decisiones. Por un lado, los argumentos de las sentencias que no reconocían la equivalencia formal entre el matrimonio entre homosexuales y el matrimonio heterosexual señalaron la ausencia de disposiciones legales, lo que justifica el tratamiento desigual (*Tribunal Regional Federal - 5ª Região, Embargos Infringentes na Apelação Cível* n.º 409.832, juzgado em 2009). Por otro lado, los argumentos de las decisiones judiciales que reconocen la igualdad, señalaron la función contramayoritaria del poder judicial y la superioridad jerárquica de los principios constitucionales (*Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento* n.º 971.466, juzgado en 2008 y *Recurso Especial* n.º 1.026.981, juzgado en 2010). En 2008, el Tribunal Supremo fue llevado a uniformizar las decisiones judiciales contrastantes. Sólo en 2011, el Tribunal Supremo decidió por el reconocimiento de las uniones homosexuales en las mismas condiciones que la legislación brasileña otorga a las parejas heterosexuales bajo el argumento de que la orientación sexual es parte de la autonomía individual que es protegida por la constitución (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* n.º 132). El retraso en la decisión podría atribuirse al intenso debate y al impacto que la cuestión tenía en la sociedad civil brasileña. El Tribunal Supremo de Brasil es por demás susceptible a la opinión pública, inclusive tiene una televisión y un canal de radio donde se transmite una programación acerca del poder judicial brasileño ³².

Las minorías se han hecho visibles en la transición democrática y esto es importante, sin embargo, el problema acerca de cuáles son sus derechos concretos queda abierto. Aborto sigue siendo un delito en Brasil; muchas tierras indígenas y los “quilombos” todavía esperan de su demarcación; la política de cuotas raciales se aplica únicamente a las universidades públicas, aunque la burocracia brasileña es predominantemente blanca, especialmente en sus niveles más altos, como el propio poder judicial. Como se ve, la acción judicial

sileiras, disertación de maestría presentada en el Curso de Posgrado en Derecho de la Universidad de Brasília en diciembre de 2012, p. 146-221, <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/13873>>, abril 2016.

32 La “TV Justiça” e la “Rádio Justiça” son administradas por el Supremo Tribunal en Brasília y empezaron sus actividades respectivamente en 2002 y 2004, transmitiendo en vivo los juicios de la más alta Corte de Brasil, <<http://www.tvjustica.jus.br/>>, <<http://www.radiojustica.jus.br/radiojustica/>>, abril 2016.

fue decisiva en el reconocimiento y determinación del alcance de los derechos de las minorías, no obstante, las decisiones judiciales están marcadas por la inconsistencia característica del decisionismo positivista de la magistratura brasileña. Esto se refleja en el caso de las minorías que siguen invisibles, como los gitanos en Brasil. A pesar de la legislación brasileña prevé la libertad provisional de los sospechosos en los procesos penales, esto no se aplica a ellos, como se ve en la decisión de la Corte del Estado de Minas Gerais: «O acusado se declara cigano e, pela própria natureza do estilo de vida cigana, é grande a probabilidade de que o mesmo deixar a comarca, o que inviabilizará a instrução processual» (*Habeas Corpus*, n.º 4644311-78.2007.8.13.0000, juzgado en 2007).

El caso brasileño es interesante por el hecho que después de años de marginalización y olvido en la dictadura militar, las minorías ahora tienen una visibilidad significativa en la transición democrática. En el período posterior a la Constitución de 1988, el Estado y especialmente el poder judicial tuvieron que hacer frente a las minorías y los nuevos tipos de demandas que hasta entonces desconocían. Pero no fue sólo el Estado brasileño quien tuvo que adaptarse, las propias minorías también. Ellas construyeron sus identidades en procesos judiciales juzgados por una magistratura que poco cambió desde los tiempos de la dictadura.

Conclusión

La identidad de las minorías depende del contexto, no se puede asumir la condición de minoría sin un contrapunto que la justifique. Por ejemplo, las demarcaciones de tierras indígenas o de “quilombos” se convirtieron en una demanda de las minorías gracias a la acción depredadora de los terratenientes y mineros en estas mismas tierras. Así, se puede concluir que las minorías se forman y se transforman dinámicamente por varios factores, entre ellos la propia Constitución. Es interesante observar que la población indígena de Brasil creció enormemente después de la Constitución de 1988 ³³. En gran

33 En el corto período de nueve años (1991-2000), el número de indígenas ha aumentado de 294.000 a 734.000, según los datos del «Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística» (IBGE), el organismo encargado de la colecta de datos sobre la población nacional. Las razones para tal no son solamente un «efeito demográfico (ou seja, devido à mortalidade, natalidade e migração), mas a um possível crescimento no número de pes-

parte esto es debido a la autoafirmación de las personas como indígenas. Al paso que la constitución les reconoció derechos, ellos pasaron a tener autoestima de su condición de minoría. Aunque no se puede atribuir este crecimiento de la población únicamente al cambio constitucional, lo cierto es que el reconocimiento legal de su cultura y tradiciones contribuyó para que los nativos afirmasen su identidad. El reconocimiento de los derechos permite que los grupos minoritarios afirmen sus diferencias, en lugar de negarlas por la asimilación de otras identidades mayoritarias. Además, las minorías tampoco tienen una sola identidad. Los indios de la Amazonia brasileña tienen una mayor visibilidad nacional e internacional que otras tribus indígenas ubicadas en otras regiones del país, recibiendo más fondos del gobierno brasileño que los indígenas del Nordeste, por ejemplo. Así es porque la burocracia del Estado no reconoce las tribus del Nordeste debido a su aculturación que es fruto de una larga historia de estrecha convivencia con los centros urbanos³⁴. Estas circunstancias explican las diferentes demandas de una misma minoría, está claro que las demandas de los indígenas del Amazonas no son exactamente las mismas de los pueblos indígenas del Nordeste, aunque haya cuestiones comunes a ellos.

Es por causa de tales identidades cambiantes que opera la justicia para reconocer o ignorar las demandas concretas de las diversas minorías de la sociedad brasileña. Como se argumentó en este texto, la justicia brasileña es una institución que se caracteriza por la cultura legalista y positivista que se

soas que se reconheceram como indígenas, principalmente nas áreas urbanas do país.» (IBGE. *Homepage* oficial que contiene datos acerca da la población indígena en Brasil, <<http://indigenas.ibge.gov.br/estudos-especiais-3/o-brasil-indigena.html>>) Segundo João Pacheco de Oliveira: «A população indígena que, em 1987, era estimada em 213.000 pela equipe de pesquisa Cedi-Museu Nacional, pelo censo de 2000 do IBGE é indicada como de 734.000, o que aponta um crescimento muitas vezes maior do que a taxa de crescimento da população brasileira. É evidente que tais números não podem ser atribuídos simplesmente a uma mudança constitucional, mas devem ser explicados como decorrências de uma gama muito complexa de fatores, que derivam de diversas escalas e procedências. Entre outros devem ser mencionados alguns fatores: a identificação dos povos indígenas como mantenedores do equilíbrio ecológico do planeta; as novas diretivas internacionais quanto à administração, enfatizando a participação organizada dos cidadãos no planejamento e nas decisões relativas aos direitos dos povos indígenas; a crescente valorização de identidade e patrimônios culturais tanto no âmbito de prioridades do governo brasileiro quanto pelas tendências atuais em um mundo globalizado». João Pacheco de Oliveira, *Sem a tutela, uma nova moldura de nação*, cit., pp. 263-264.

34 João Pacheco de Oliveira, *Sem a tutela, uma nova moldura de nação*, cit., p. 259.

refleja claramente en el decisionismo judicial. Es difícil caracterizar una institución compleja como el poder judicial, pero se puede comprobar una actitud institucional predominantemente conservadora hacia el reconocimiento de nuevos derechos, aun cuando les reconoce, lo hace con tardanza como fue en los casos del aborto de los fetos anencefálicos y del matrimonio entre personas del mismo sexo. El poder judicial brasileño es una verdadera élite burocrática de cerca de 17.000 jueces en su mayoría hombres de raza blanca ³⁵, en contraste con la población brasileña de más de 200 millones de personas, cuya mayoría es de raza negra y mujeres. Por otra parte, como señaló Roberto Gargarella acerca de la función conservadora del poder judicial en la aplicación de los derechos sociales en Argentina, el judicial recibe con hostilidad las novedades legislativas sobre derechos porque los jueces «no son elegidos por el pueblo ni son removibles y controlables por ellos» ³⁶.

Por supuesto, el argumento contramayoritario justifica la independencia del poder judicial, sin embargo, al menos en el caso de Brasil, es necesario examinar con más cuidado tal premisa. La justicia brasileña en la transición democrática, como se ha demostrado, tiene un papel político clave en la determinación de los derechos de las minorías, de modo que queda lejos de la noción clásica de un poder de «quelque façon nulle» como ha mencionado Montesquieu ³⁷. Esto se nota en el papel político desempeñado por el Supremo Tribunal de Brasil que interfiere en casi todas las principales decisiones de política del legislativo y del ejecutivo. Curiosamente, como

35 De acuerdo con datos del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), la agencia responsable por la evaluación y supervisión de la justicia brasileña, esta se compone de 64,1 % de jueces hombres, constituyendo 81,6 % de los jueces de los tribunales superiores. Jueces blancos son 84,2 % del total, constituyendo 91,1 % de los jueces de los tribunales superiores. Los deficientes son 0,9 % del total, constituyendo 2,5 % de los jueces de los tribunales superiores. Los indígenas representan 0,1 % de todos los jueces brasileños, no hay indios en los tribunales superiores. Conselho Nacional de Justiça, *Censo do Poder Judiciário*, Brasília, 2014, p. 38, 42, 44, <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario>>, maio 2016.

36 Roberto Gargarella, *Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional*, cit., p. 527.

37 Charles-Louis de Secondat Montesquieu, *De L'Esprit des Loix*, Tome I, Londres, 1757, p. 320, in “Gallica”, base de datos de la “Bibliothèque Nationale de France”, compuesta en su mayoría por libros, documentos y textos para consulta “on-line”, <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k62435918/f9.image.r=de%20l'esprit%20des%20lois%20livre%20XI>>, marzo 2016.

demuestran Juliano Zaiden Benvindo y Alexandre Araújo Costa, el papel de la Corte Suprema en el control de la constitucionalidad de las leyes está más centrado en cuestiones corporativas que en los derechos fundamentales ³⁸. Esta es una institución poco sensible a las demandas democráticas, pero es donde las minorías buscan el reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, ya no es posible al poder judicial brasileño ocultar esta pluralidad abierta, como lo hizo durante la dictadura militar. Las voces que clamaban por derechos en la Asamblea Constituyente, de alguna manera producen eco en nuestros días.

Hay una importante implicación de las acciones de las minorías brasileñas frente al poder judicial, que es perceptible en los argumentos que se producen en una serie de fallos sobre la igualdad de trato, como lo mencionado arriba. Desde el punto de vista de la teoría constitucional, esto implica en la remodelación del principio de la igualdad, así como en su relación con el principio de la libertad. Si las minorías son libres para afirmar sus diferentes identidades, es cierto que también requieren el respeto de los demás. Esto es lo que Menelick de Carvalho Netto y Guilherme Scotti describen como la «igualdade do respeito às diferenças», o sea, aunque las personas tengan diferentes creencias religiosas, distintos colores y culturas, diferentes preferencias sexuales, aun así debemos respetarnos como si fuéramos iguales, independientemente de todas estas distinciones ³⁹. En relación a las instituciones

38 Los autores mencionados analizaron 4.727 fallos del Supremo Tribunal, juzgados entre octubre de 1988 y diciembre de 2012, y constataron que solamente 72 fallos tenían decisiones favorables a los derechos fundamentales. Así, ellos concluyen que las decisiones del Supremo Tribunal conducen a um modelo de control de la constitucionalidad de las leyes que «privilegia a garantia dos interesses institucionais ou corporativos. Apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público. [...] Com isso, não realizam o objetivo final do controle de constitucionalidade que seria o de servir como uma via concentrada e rápida para a solução de questões constitucionais mais amplas, especialmente para a defesa dos direitos fundamentais.» Alexandre Araújo Costa, Juliano Zaiden Benvindo, *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*, in «Social Science Research Network (SSRN)», “Homepage” que se dedica a la difusión de investigaciones científicas y se compone de una serie de redes de investigación especializadas en cada una de las ramas de las ciencias sociales, p. 77-78, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>, mayo 2016.

39 Menelick de Carvalho Netto, Guilherme Scotti, *Os direitos fundamentais e a (in)*

políticas, en especial al poder judicial, esto implica lo que Ronald Dworkin denomina «Integrity», o sea la capacidad de estas instituciones para tomar decisiones colectivas de modo que todos los miembros de la comunidad política tengan «equal concern and respect» ⁴⁰.

Los casos aquí analizados revelaron el reconocimiento judicial de demandas de las minorías olvidadas por un largo tiempo, este reconocimiento, aunque sea parcial y precario, sólo fue posible gracias a la Constitución de 1988, que hace visible la diversidad de grupos sociales. La historia de las minorías brasileñas sólo comenzó a ser escrita en la transición democrática, todavía hay obstáculos y barreras que habrá que superar en este proceso que es lento, doloroso, sujeto a contratiempos y que consume muchas generaciones en su camino.

certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistemas de regras, Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 162.

⁴⁰ Ronald Dworkin, *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, cit., p. 17.

Bibliografia

- Barbosa Leonardo Augusto de Andrade, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2012, p. 241;
- Benvindo Juliano Zaiden; Costa, Alexandre Araújo, *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*, in «Social Science Research Network (SSRN)», <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>, mayo 2016;
- Bulygin Eugenio, *Mi visión de la Filosofía del Derecho*, «Revista DOXA – Cuadernos de Filosofía del derecho», 32, 2009, pp. 85-90, <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/mi-vision-de-la-filosofia-del-derecho/>>, marzo 2016;
- Carvalho Netto Menelick de; Scotti, Guilherme, *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistemas de regras*, Belo Horizonte, Fórum, 2011;
- Carvalho Lucas Borges de, *O controle público sobre a programação da TV no Brasil: entre a censura, a democracia e a liberdade de expressão*, tesis doctoral presentada en el Curso de Posgrado en Derecho de la Universidad de Brasília en marzo de 2015, <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/17866>>, abril 2016;
- Comissão Nacional da Verdade do Brasil. *Relatório final da Comissão Nacional da Verdade*, 3. vol, <http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>, marzo 2016;
- Conselho Nacional de Justiça (CNJ), *Censo do Poder judiciário*, Brasília, 2014, <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario>>, maio 2016;
- Dworkin Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge - Massachusetts, Harvard University Press, 1978;
- Dworkin Ronald, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, Cambridge - Massachusetts, Harvard University Press, 1996;
- Gargarella Roberto, *Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional*, in Id (Coordinador), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 521-530;

- Geisel Ernesto, *Discurso feito aos dirigentes da ARENA no Palácio da Alvorada* en 29 de agosto de 1974, in «Base de datos de la biblioteca de la Presidencia de la República del Brasil», <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos/1974/17.pdf>>, marzo 2016;
- Habermas Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Reschtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1992; tr. in. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge - Massachusetts, MIT, 1998;
- Hamilton Alexander; Madison James; Jay John, *The federalist papers*, in «Library of Congress», base de datos del Congresso norteamericano, <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers>>, marzo 2016;
- Kelsen Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge - Massachusetts, Harvard University Press, 1949;
- Kymlicka Will, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995;
- Magalhães Juliana Neuenschwander, *Diversidade cultural e justiça de transição: os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, 2015, p. 1137-1166;
- Monclaire Stéphane, *Um processo de longo prazo*, in *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Os alicerces da redemocratização*, Volume I, Brasília, Senado Federal, in «Base de datos de la biblioteca del Senado federal del Brasil», <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/um-processo-de-longo-prazo>>, marzo 2016;
- Montesquieu Charles-Louis de Secondat, *De L'Esprit des Loix*, Tome I, Londres, 1757, in «Gallica», <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bp-t6k62435918/f9.image.r=de%20l'esprit%20des%20lois%20livre%20XI>>, marzo 2016;
- Neves Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Acadêmica, 1994.
- Nunca Mas*, Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), Buenos Aires, EUDEBA, 1984;

- Oliveira João Pacheco de, *Sem a tutela, uma nova moldura de nação*, in Ruben George Oliven, Marcelo Ridenti, Gildo Marçal Brandão (Coordenadores), *A Constituição de 1988 na vida brasileira*, São Paulo, Aderaldo & Rothschild, 2008, p. 251-275;
- Paixão Cristiano, *Autonomia, Democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014)*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 43, 2014, pp. 415-458;
- Pereira Anthony, *Political (In)Justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina*, Pittsburg, University of Pittsburg Press, 2005; tr. por. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, São Paulo, Paz e Terra, 2010;
- Rosenn Keith S., *O jeito na cultura jurídica brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- Santos Milene Cristina, *O proselitismo religioso entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: a “guerra santa” do neopentecostalismo contra as religiões afrobrasileiras*, disertación de maestría presentada en el Curso de Posgrado en Derecho de la Universidad de Brasília en diciembre de 2012, <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/13873>>, abril 2016;
- Senado Federal do Brasil, *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*, in «Base de datos de la biblioteca del Senado federal del Brasil», <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>, febrero 2016.

DISPUTE CONCETTUALI NEL BRASILE CONTEMPORANEO: AMNISTIA, COSTITUZIONE E DIVERSITÀ CULTURALE

Cristiano Paixão

1. *La riconciliazione come problema contemporaneo*

In un importante testo che analizza i casi di giustizia di transizione in Sudafrica e in Sierra Leone, Berber Bevernage propone un'ipotesi interessante circa i limiti delle commissioni per la verità create in quei Paesi. Secondo l'Autore, le numerose espressioni di frustrazione e le critiche dirette ai risultati dei lavori delle commissioni, considerando anche le aspettative intorno al loro funzionamento, possono essere spiegate come una questione di temporalità. Entrambe le commissioni create nel processo di transizione politica, secondo Bevernage, dettero per scontata l'idea che le attività di tali entità indipendenti sarebbero state responsabili della riconciliazione nazionale.

Infatti, come ampiamente documentato nel caso del Sud Africa, nozioni religiose, connesse alla semantica del perdono, furono decisive rispetto allo sviluppo dei lavori, nonché alla regolazione delle aspettative rispetto ai risultati. Proporre la riconciliazione, essere disposti a perdonare, cercare di superare un passato traumatico, sarebbero atti giustificabili di fronte a una sfida ancora maggiore, che si pone a livello comunitario: ricostruire l'integrità di una comunità politica frammentata. Come ben sottolineato da Bevernage, questo obiettivo si riferisce all'idea di *comunità immaginata*, come descritta nel classico lavoro di Benedict Anderson ¹.

Nell'eleggere la riconciliazione nazionale come parametro e obiettivo finale per le attività delle proprie commissioni per la verità, il Sudafrica e la Sierra Leone hanno permesso l'attivazione di un elemento chiave di quello che è stato chiamato, secondo la classificazione proposta da François Hartog, il moderno regime di storicità ². Sarà utile, quindi, prima di parlare della di-

¹ Berber Bevernage, *Writing the Past Out of the Present: History and the Politics of Time in Transitional Justice*, «History Workshop Journal Issue», 69, 2010, p. 111-131. Bevernage fa riferimento a Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London, Verso, 2006.

² François Hartog, *Régimes d'historicité : présentisme et expériences du temps*, Paris, Seuil, 2012.

scussione sulla giustizia di transizione in Brasile, posizionare gli usi di riconciliazione nazionale ed il suo rapporto con la nozione di futuro costruito nella modernità.

Secondo molti autori, oggi viviamo una rivalutazione dell'esperienza temporale: per François Hartog, Hans Ulrich Gumbrecht, Giacomo Marramao, Giorgio Agamben, tra altri, la contemporaneità è segnata da un cambiamento nella propria auto-comprensione. I modi temporali – passato, presente, futuro – sono interpretati e vissuti diversamente. Il rapporto della contemporaneità con il tempo si è trasformato. Come disse Octavio Paz, oggi testimoniamo «il crepuscolo del futuro» ³.

Non è difficile immaginare la fertilità dell'uso del concetto del regime di storicità per l'osservazione dei processi storici di permanenza e cambiamento nell'esperienza brasiliana. Come affermato da Hartog, il regime della storicità non è una realtà finita, ma uno strumento euristico. Si tratta di un *ordine del tempo*, una categoria utile per l'organizzazione dell'osservazione storica: «intendendo per regimi di storicità le diverse modalità di articolazione delle categorie di presente, passato e futuro. Infatti, l'ordine del tempo cambia se l'enfasi viene posta rispettivamente sul presente, sul futuro o sul passato» ⁴.

C'è una convergenza ragionevole sul declino del cronotopo moderno. «Sindrome della fretta» per Marramao ⁵, «presentismo» per Hartog ⁶, «presente lento» per Gumbrecht ⁷, «una nuova kairologia» per Agamben ⁸: sono tutte classificazioni che intendono descrivere questa nuova esperienza del tempo. Possono essere elencati in rapporto alla trasformazione operata sotto la prospettiva del passato: l'esplosione di studi e riflessioni sulla memoria, l'incredibile aumento di memoriali, musei e «luoghi della memoria», l'emer-

3 Octavio Paz, *La búsqueda del presente*, «Revista Humanidades», 58, 2011, p. 125-126.

4 François Hartog, *Tempos do mundo, história, escrita da história*, in Manoel Luiz Salgado Guimarães (Org.), *Estudos sobre a escrita da história*, Rio de Janeiro, 7Letras, 2006, p. 16.

5 Giacomo Marramao, *La passione del presente*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, p. 89-107.

6 François Hartog, *Tempo e história: como escrever a história da França hoje?*, «História Social», 3, 1996, pp. 133-137.

7 Hans Ulrich Gumbrecht, Entrevista, «Revista Humanidades», 58, 2011, pp. 17-18.

8 Giorgio Agamben, *Infanzia e storia – distruzione dell'esperienza e origine della storia*, Torino, Einaudi, 2001; tr. por. *Infância e história: destruição da experiência e origem da história*, Belo Horizonte, UFMG, 2005, pp. 122-128.

gere del concetto di «patrimonio storico» con tutte le sue conseguenze, l'immensa capacità tecnologica di memorizzazione di dati e l'ossessione per il registro dell'istante e la sua conservazione. Infine: la centralità del presente nelle esperienze contemporanee del tempo. È la *dittatura del presente*, che, nelle parole di Marc Augé, ha cambiato «l'esperienza individuale e collettiva del tempo. Facendo dilagare l'incertezza, rendendo epidemico il timore di ciò che ci aspetta. Effettivamente noi viviamo in una sorta d'ipertrofia del presente»⁹.

Questa è esattamente la proposta di Bevernage: mostrare l'elemento paradossale delle Commissioni per la verità del Sud Africa e della Sierra Leone. Le commissioni per la verità sono parte integrante della *giustizia transizionale*, un'espressione che deve essere intesa in una duplice prospettiva. Da un lato, si tratta di un concetto creato soprattutto con la fine dei regimi dittatoriali, che esprime l'insieme delle misure necessarie per quanto riguarda la trasformazione di un regime autoritario in una democrazia: riforme istituzionali, punizione dei responsabili di violazioni dei diritti umani, processi di riparazione e l'apertura degli archivi della repressione. D'altra parte, la giustizia di transizione è anche un campo di ricerca, con periodici specializzati, centri di ricerca, enti legati alla promozione di attività legate ad essa e grande letteratura (già accumulata e in crescita frequente)¹⁰.

E l'idea di "transizione" parte dal presupposto di un passaggio, di un cambiamento politico che si svolge nel piano temporale. Il passato, segnato da un regime oppressivo e da violazioni dei diritti umani, non può essere dimenticato. È come se gli stati post-autoritari si assumessero una sorta di dovere di memoria. Questo fenomeno può essere verificato con l'istituzione di varie commissioni per la verità a livello internazionale, la grande maggioranza di esse nei limiti dello Stato-nazione, con iniziativa diretta e la partecipazione del regime post-dittatura. In questa operazione d'attivazione della memoria ci si propone, quindi, di stabilire una differenza tra passato ed il presente (e anche per il futuro), partendo da questo "nuovo" presente.

9 Conversazione con Marc Augé, nel Blog e-South (Le Monde), <http://e-south.blog.lemonde.fr/2012/08/07/sur-lhypertrophie-du-present-conversation-avec-marc-augé-chess-paris/>, luglio 2016.

10 In particolare si veda: Kora Andrieu, *La justice transitionnelle – de l'Afrique du Sud au Rwanda*, Paris, Gallimard, 2012; Tricia Olsen, Leigh Payne, Andrew Reiter, *Transitional Justice in Balance – Comparing Processes, Weighing Efficacy*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 2010; Jon Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

La difficoltà di stabilire il risultato concreto di un'eventuale riconciliazione – in una società multiculturale marcata, prima di tutto, dal conflitto e dalla diversità delle forme di vita – insieme alla durata estesa, protratta, prolungata, delle misure relative alla giustizia di transizione, rende improbabile il compito di promuovere la riconciliazione. Si tratta di un obiettivo irraggiungibile e piuttosto logoro.

Per inserire la giustizia transizionale brasiliana in una *politica del tempo* e così ridefinirla nella contemporaneità, sarebbe forse interessante considerare che la parola “riconciliazione” è usata due volte, nei passaggi importanti, della legge n° 12528/2011, che ha creato la Commissione Nazionale della Verità¹¹. Nell'art. 1 si trovano indicati gli scopi della Commissione: «rendere effettivo il diritto alla memoria e alla verità storica e promuovere la riconciliazione nazionale». L'art. 3, a sua volta, stabilisce gli obiettivi della Commissione; nel VI comma dello stesso articolo, si dispone che uno di questi obiettivi è quello di «raccomandare l'adozione di misure e di politiche per prevenire violazioni dei diritti umani, garantire la loro non ricorrenza e promuovere l'efficace riconciliazione nazionale». Torneremo su questo argomento.

D'altra parte il termine “riconciliazione” non viene invece utilizzato dalla Costituzione della Repubblica del 1988¹². Tenuto conto di questa circostanza si pone la domanda: come stabilire il rapporto tra la Costituzione in vigore in Brasile e la creazione della Commissione Nazionale della Verità?

Considerando che la giustizia di transizione in Brasile ha un fondamento costituzionale e alla luce di quanto sopra ricordato, appare appropriato formulare la domanda in un modo diverso: anche la Costituzione del 1988 è associata ad un lessico che caratterizza il regime moderno di storicità? Per fornire una risposta accettabile a questa domanda, è necessario considerarne un'altra: come intendere il concetto di Costituzione riguardo al progetto moderno?

Il rapporto tra il Tempo e la Costituzione è dinamico, così come la forma costituzionale moderna e fu costruito storicamente. Siamo in grado di puntare a una chiara confluenza di percezioni del futuro che intendono la Costituzione come acquisizione evolutiva e trasformazione verso la storia.

Questo nuovo concetto di Costituzione che s'installò – e si sviluppò –, fu,

¹¹ BRASIL, Lei n° 12.528, de 18 de novembro de 2011. Diário Oficial da União, 18 nov. 2011, edição extra.

¹² BRASIL, Constituição: Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988, Seção 1, p. 1.

nelle parole di Gerald Stourzh, la «più significativa innovazione del costituzionalismo nord-americano»¹³, vale a dire, l'idea della costituzione come *paramount law*¹⁴, come struttura in grado di fornire un nuovo tipo di rapporto tra diritto e politica. Per la politica, la Costituzione rappresenta l'affermazione delle scelte di base di ogni comunità e per il diritto, si apre una nuova forma – autoreferenziale, ricorsiva e riflessiva – della validità dell'ordinamento giuridico. Così, secondo John Marshall, nella decisione sul caso *Marbury v. Madison*, «la Costituzione si definisce prima a se stessa»¹⁵.

Le Costituzioni non sono creazioni *ex nihilo*. Mantengono sempre un rapporto con il passato. Questo rapporto è di solito duplice: in primo luogo, è importante sottolineare la centralità di un passato recente, cioè, la Costituzione stabilizza una situazione di rottura. Tale situazione è, nel suo disegno archetipo, rappresentata da una rivoluzione. Rompendo con un passato anteriore, la rivoluzione crea un nuovo ambiente sociale. Tuttavia, nel momento della scrittura della Costituzione, la rivoluzione è già passato. Poi abbiamo due dimensioni preterite: una più recente, prodotta da un cambiamento rivoluzionario e una più remota, che viene ad essere la tradizione contro la quale la rivoluzione è scoppiata. Se pensiamo in *modi* temporali, abbiamo un *passato passato* e un *passato presente*.

La Costituzione, a sua volta, ha necessità di costruire un *presente futuro*. Stabilizza il passato presente con un obiettivo: collegare il tempo; durare; persistere. La dimensione del futuro è pertanto posta in primo piano. È ad essa – e ai suoi *vettori* – che il legislatore costituente si rivolge; e, come già indicato nelle linee di apertura di questo testo, tale cambiamento per il futuro è uno dei tratti distintivi del moderno concetto di storia.

La modernità porta soprattutto un cambiamento nel rapporto della società con il tempo. Lo stesso vale per l'epoca contemporanea. Abbiamo già evidenziato il fatto che il rapporto tra passato, presente e futuro, che s'instaura nella contemporaneità, non rientra più nella descrizione moderna. E ciò,

13 Gerald Stourzh, *Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century*, in Terence Ball, John Greville Agard Pocock (Eds.), *Conceptual Change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988, p. 48.

14 Horst Dippel, *História do constitucionalismo moderno – novas perspectivas*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2007, pp. 1-37.

15 Si veda a tale proposito l'analisi fatta in Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi, *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*, Brasília, UnB/Finatec, 2011, pp. 167-172.

ad un primo sguardo, potrebbe significare una limitazione del progetto costituzionale. Forse il concetto di Costituzione – e la sua operatività – ha incontrato un passaggio conclusivo con il declino del regime moderno di storicità? Il crepuscolo del futuro è anche il crepuscolo della Costituzione?

La ricerca storico giuridica può offrire spunti di riflessione interessanti al riguardo ¹⁶. Possiamo considerare, per esempio, l'amnistia come chiave di lettura. L'amnistia è una forma, tra altre cose, di gestire il tempo. Si guarda al passato per proteggerlo, vietando procedimenti e condanne per reati commessi in un altro periodo dell'esperienza di una comunità politica. Il Brasile ha una tradizione di concessioni di amnistia. Tra 1891 e 1979 sono state concesse 38 amnistie politiche¹⁷. Valgono per qui le osservazioni formulate da Floriana Colao sulla funzione in Italia delle diverse amnistie:

«Le amnistie politiche avevano anche un altro senso: disegnavano la storia d'Italia con le parole dei decreti, delle relazioni dei guardasigilli, della giurisprudenza, della giuristica, dell'opinione pubblica, a vario titolo impegnati nella presa di distanza dal passato per dare una nuova immagine del presente, per costruire una sempre precaria verità storica. La dimenticanza del delitto, specie quello politicamente sensibile, rivestiva un efficace potere comunicativo; nella dialettica esclusione-inclusione delegittimava un 'modo politico' precedente di gestire il conflitto per legittimarne uno nuovo» ¹⁸.

C'è un altro elemento importante nel caso brasiliano: il rapporto tra le varie amnistie e le Costituzioni nazionali. Nella prima Assemblea Costituente brasiliana, nel 1823, è stata discussa un'amnistia per gli oppositori dell'indipendenza. Anche nel 1934 e nel 1946 si sono discusse (e decise) forme di amnistie.

C'è tuttavia qualcosa di diverso nell'esperienza brasiliana più recente. Il movimento per l'amnistia ha preso evidenza per iniziativa delle famiglie degli

¹⁶ Si veda sul tema Massimo Meccarelli, María Julia Solla Sastre, *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: An Introduction*, in Meccarelli e Sastre (Eds.), *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: Research Experiences and Itineraries*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 3-24.

¹⁷ Si veda Cristiano Paixão, *Past and future of authoritarian regimes: Constitution, Transition to Democracy and Amnesty in Brazil and Chile*, «Giornale di Storia Costituzionale», 30, 2015, p. 94; Ann. M. Schneider, *Amnesties in Brazil, 1895-1985*, PhD Dissertation, University of Chicago, Department of History, December 2008, pp. 15-16.

¹⁸ Floriana Colao, *Il volto della nazione nelle amnistie politiche*, in Karl Härter, Cecilia Nubola (a cura di), *Grazia e giustizia: figure della clemenza fra tardo Medioevo ed età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 468.

oppositori del regime, con il supporto della società civile. Il regime, però, è riuscito a emanare nel 1979 una legge di amnistia (la legge n. 6683/79) per gli autori di violazioni ai diritti umani (tortura, omicidio, sparizioni). La Costituzione democratica del 1988 ha previsto invece un'amnistia come riparazione dovuta a tutti coloro che sono stati vittime di «atti di eccezione». La stessa Costituzione ha anche vietato la concessione di «grazia o amnistia» per il reato di tortura.

Questa impostazione ci fa pensare all'esperienza sudafricana. Come si sa, il lavoro della Commissione per la Verità e Riconciliazione è stata prevista nella Costituzione provvisoria del 1993. Come dice Xavier Philippe, «la costituzionalizzazione del processo di verità e riconciliazione in Sudafrica aveva lo scopo di conoscenza e riconoscimento, non di oblio. Qualsiasi intento per una amnistia generale doveva essere giudicata incostituzionale»¹⁹.

Ritorniamo a questo punto nella prossima parte di quest'articolo, qui vi abbiamo fatto cenno per concludere che Amnistia e Costituzione sono dunque modalità di gestione del tempo. L'amnistia protegge il passato, la costituzione vincola il futuro. E loro significati possono assumere sensi diversi nella esperienza giuridica e politica.

È alla luce di queste considerazioni possiamo discutere del rapporto tra riconciliazione nazionale e diversità culturale nella storia brasiliana contemporanea.

2. *Dispute concettuali intorno a problemi connessi: amnistia, processo costituente, diversità culturale*

2.1. *Quale amnistia?*

Le pratiche politiche e giuridiche collegate all'istituto dell'amnistia sono presenti nella storia del Brasile da quasi due secoli – fin dal movimento per la sua indipendenza. Il concetto di amnistia si inserisce in queste pratiche subendo trasformazioni, non solo in ragione del suo utilizzo, ma anche in conseguenza delle controversie interpretative. Il campo semantico dell'amnistia in Brasile non è mai stato monolitico, considerando l'agitata storia costituzionale brasi-

¹⁹ Xavier Philippe, *Commission Vérité et Réconciliation et droit constitutionnel*, in Barbara Cassin, Olivier Cayla, Philippe-Joseph Salazar (Eds.), *Vérité, Réconciliation, Réparation*, Paris, Seuil, 2004, p. 236.

liana, sempre oscillante tra atteggiamenti democratici e reazioni autoritarie. Tuttavia, ai fini dello scopo di questa analisi, si mette in evidenza l'intensa contestazione concettuale rispetto l'amnistia dallo scoppio del colpo di stato militare del 1964, per poi associare questa obiezione con le crescenti richieste di una costituzione democratica per il Brasile.

Dall'analisi delle fonti relative alla resistenza al Regime dittatoriale introdotto dall'aprile del 1964 si percepisce l'interessante simultaneità di due esigenze: la concessione dell'amnistia e la necessità di convocare un'assemblea costituente. Entrambe le rivendicazioni cominciano a prendere slancio soprattutto dal 1974, anche se ci sono state precedenti manifestazioni. Presentiamo due esempi.

Il primo riguarda la necessità dell'amnistia. Nei primi giorni del Regime, il giornalista e scrittore, Carlos Heitor Cony (dapprima in sintonia con il rovesciamento di João Goulart, il legittimo Presidente), scrive un articolo nella sua rubrica nell'Última Hora (quotidiano di ampia circolazione in quel frangente) intitolato *Amnistia*. In questa breve ed incisiva rassegna, Cony dichiara: «C'è bisogno che qualcuno sia il primo a pronunciare questa parola, esiliata dal nostro vocabolario, in nome della vendetta o della paura». Il testo è datato del 18 aprile 1964 – perciò subito dopo il colpo di stato. Cony propone un'amnistia da estendere ai comunisti. Continua: «Scrivo questa parola per farla crescere e fruttificare. So che ci sono potenti motivi che hanno eliminato temporaneamente questa parola della nostra vita»²⁰. Nel corso dell'evoluzione di quest'articolo, Cony tenta sostenere che l'amnistia sarebbe l'unico modo possibile per il ritorno dei vinti alla vita pubblica. Egli esorta i capi militari alla rettitudine, a discapito della perdita della loro stessa umanità. L'articolo è pieno di allusioni al rischio di una degenerazione della vita politica, con riferimenti espliciti alla *Metamorfosi* di Kafka e alla mostruosità della mancanza di umanità²¹.

Un elemento particolarmente interessante del testo concerne il potere della parola. L'inizio, come abbiamo visto, è una sorta di autodifesa dinnanzi all'atto di "pronunciare" il vocabolo amnistia, che oltre al titolo, verrà detto solo una altra volta in tutto il testo. L'autore sottolinea il carattere "performativo" dell'uso del termine, al desiderare per codesta parola «crescere e fruttificare». Il ritorno della discussione dell'amnistia alla "nostra vita" corrispon-

20 Articolo riprodotto in: Carlos Heitor Cony, *O ato e o fato: o som e a fúria do que se viu no Golpe de 1964*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2014, p. 37.

21 Ivi, pp. 38-39.

derebbe, per Cony, alla capacità dei governanti di discutere pubblicamente il ritorno dei vinti alla vita pubblica, rispettando la loro umanità e diversità. Viene così aperto il dibattito sulla possibilità di un'amnistia, che sarà ripreso e riformulato durante il decennio del 1970 ²².

Adesso passiamo al secondo esempio, circa la necessità di un'assemblea costituente. La prima manifestazione formale e pubblica avente l'obiettivo di convocare un'assemblea costituente nazionale si è svolta nel luglio del 1971, tramite il documento denominato *Carta de Recife*, approvato dal *Movimento Democrático Brasileiro* (MDB), l'unico partito di opposizione legalmente permesso dal regime. Vi era stata però un'occasione precedente nella quale era stata posta tale richiesta. Il *Partido Comunista Brasileiro* (PCB), all'epoca posto nell'illegalità, nel suo sesto Congresso Nazionale, tenutosi clandestinamente nel dicembre 1967, approvò una mozione che richiedeva «l'abolizione delle leggi di emergenza messe in atto dai militari che hanno preso il potere nel 1964, l'istituzione delle libertà democratiche, elezioni, l'adozione di una costituzione democratica e l'amnistia per i prigionieri politici» ²³. Questa rivendicazione, che ovviamente non ha ottenuto ripercussioni pubbliche, è storicamente ricca di significati. Essa unisce, in un'unica domanda, diversi atteggiamenti: classifica le norme del Regime come «leggi d'emergenza», si schiera a favore della democrazia e, ciò che è più interessante per i nostri scopi, indica a due consecutivi passi essenziali per il ritorno della democrazia: la stesura di una Costituzione e l'amnistia dei prigionieri politici.

Dalla seconda metà degli anni 1970, questi due temi all'ordine del giorno assumono la centralità delle lotte per il ritorno alla democrazia. Su iniziativa dei parenti dei perseguitati politici, costretti a vivere in esilio, iniziarono a essere creati comitati per l'amnistia – che finirono per concentrarsi in un Comitato Nazionale nel 1978 – la cui richiesta principale era la fine degli arresti arbitrari, il ritorno in Brasile degli esiliati e il ripristino delle libertà civili e politiche. Ci si riferiva ad una proposta di democratizzazione con il motto: “amnistia gene-

²² Si veda Leonardo Augusto Andrade Barbosa, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2012, p. 174; Nair Bicalho e José Geraldo Sousa Junior, *Direito à memória e à verdade*, «Constituição & Democracia», 17, 2007, pp. 3-4.

²³ Si veda la voce “Partido Comunista Brasileiro” nel Dizionario Storico e Biografico Brasiliano curato dalla Fondazione Getúlio Vargas (FGV), < <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/partido-comunista-brasileiro-pcb> >, luglio 2016. Per la Carta de Recife, si veda Barbosa, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, cit., pp. 149-150.

rale, ampia e senza restrizioni”. Ciò non lascia dubbi sul fatto che la richiesta della società civile non fosse per un tipo qualsiasi di amnistia. Era per un’amnistia incondizionata senza eccezioni, esclusioni o discriminazioni. È importante notare che tali comitati emersero proprio nel corso di un processo di rivalutazione della società civile e della creazione di altre entità dedicate a denunciare le arbitrarietà del Regime. È il tempo di una ondata di significativi scioperi nei distretti industriali e altre zone urbane in Brasile, dell’organizzazione della Chiesa cattolica in comunità ecclesiali di base, della rivitalizzazione delle associazioni di quartiere nelle principali città. Di questo frangente storico, che comprende gli anni dal 1976 al 1980, si può affermare, usando l’espressione coniata da Eder Sader, che «nuovi attori sono saliti sul palcoscenico». Nel copione di questi autori, l’amnistia occupava un ruolo di primo piano²⁴.

Allo stesso tempo – e in forma coordinata – aumenta, tra i vari settori della società, la domanda di democratizzazione del paese. Cresce, in questi settori, l’idea che tale trasformazione possa accadere soltanto in un modo: la convocazione di un’assemblea costituente nazionale. Soprattutto dal 1977, l’Ordine degli avvocati del Brasile, guidata dal suo presidente Raymundo Faoro, inizia una campagna per la convocazione di una Costituente. Questo movimento si diffonde tra i sindacati, movimenti sociali e alcuni rappresentanti politici dell’opposizione²⁵. Uno dei più importanti simboli di questo movimento può essere incontrato nel testo finale della *Carta* risultante dalla prima conferenza nazionale della classe lavoratrice (*Conferência Nacional da Classe Trabalhadora – Conclat*), che ha contrassegnato la creazione dell’organizzazione sindacale denominata *Central Única dos Trabalhadores* (CUT), nel 1981. Il documento estratto dalla *Conclat* riporta una vasta gamma di rivendicazioni e proposte in relazione al mondo del lavoro, ai diritti individuali e collettivi, alla struttura sindacale, alla politica economica, alla struttura della giustizia del lavoro, della sicurezza sociale e sulla riforma agraria. Ma ciò che attira maggiormente l’attenzione ai fini del presente articolo, è il primo argomento della Carta: i leader lì riuniti richiedono, innanzitutto, l’«elaborazione

24 Sul punto Eder Sader, *Quando novos personagens entraram em cena – experiências e lutas dos trabalhadores da Grande São Paulo (1970-1980)*, São Paulo, Paz e Terra, 2010, pp. 197-310; Marcos Napolitano, *Cultura e poder no Brasil contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 2006, pp. 59-104; Maria Helena Moreira Alves, *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*, Petrópolis, Vozes, 1984, p. 258.

25 Cfr. Cristiano Paixão, *Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014)*, «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 43, tomo I, 2014, pp. 435-436.

di una Costituzione che garantisca i diritti fondamentali della classe lavoratrice»²⁶.

Come sono state trattate nella pratica politica brasiliana, nel periodo tra il 1979 e il 1988, le questioni relative all'amnistia e allo svolgimento di una assemblea costituente?

Per quanto riguarda l'amnistia, ci sono stati diversi sviluppi. Le rivendicazioni della società civile per il ritorno degli esiliati e della democrazia innescarono la discussione del tema in Parlamento (ancora dominato dal regime militare). Nel mese di agosto 1979 viene approvata la sopra citata legge n. 6683/79. I suoi risultati sono ambigui. Da un lato, ha colmato, in gran parte, il desiderio della società per la fine delle sanzioni e il ritorno degli oppositori che stavano in esilio. D'altra parte, il Regime ha inserito nella parte finale dei negoziati per l'approvazione del testo finale, un dispositivo che ha stabilito l'amnistia «per reati connessi» a quelli previsti dalla legge, il che significa, in altre parole, la concessione dell'amnistia agli agenti della dittatura²⁷.

Quanto alla lotta per una costituzione democratica, la disputa si è configurata intorno alla richiesta di elezioni. Nel decennio del 1980 vi fu un tentativo, da parte di un'opposizione organizzata, di concludere il ciclo autoritario. È stato il movimento per l'elezione diretta del Presidente. Il Regime, tuttavia, ha sconfitto la proposta alla Camera dei Deputati. Così, all'opposizione è rimasta l'alternativa di tentare di rovesciare il Regime da "dentro", vale a dire, usando le regole stabilite dai militari per l'elezione del Presidente. Per questo motivo, il primo Presidente civile, dopo 21 anni di dittatura militare, è stato eletto in modo indiretto, da un collegio elettorale, composto dai deputati, senatori e delegazioni di legislatori statali. Il candidato prescelto, Tancredo Neves, non ha però rivestito l'incarico, perché ricoverato in ospedale per una grave malattia ed è morto nell'aprile del 1985. In sua sostituzione ha assunto il potere José Sarney, vicepresidente candidato, proveniente dai quadri civili che avevano sostenuto il Regime militare, ma che aveva poi rotto con la dittatura per allearsi con l'opposizione organizzata²⁸.

26 CONCLAT, *Resoluções da Primeira Conferência Nacional da Classe Trabalhadora*, Praia Grande, 21 a 23 de agosto de 1981, <<http://cut.org.br/system/uploads/document/86dcbd56c3369893d0854383f7e86000/file/1-conferencia-nacional-da-classe-trabalhadora-conclat-21-a-23-08-1981.pdf>>, luglio 2015.

27 BRASIL, Lei n° 6.683, de 28 de agosto de 1979. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 ago. 1979, Seção 1, p. 12265, articolo 1, comma 1.

28 Barbosa, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, cit., pp. 178-185.

Dal 1985 queste due linee guida (amnistia e assemblea costituente), che circolavano in modo parallelo, ma convergente, effettivamente s'incrociano. Il Congresso nazionale approva, nel novembre 1985, un emendamento costituzionale al fine di convocare un'assemblea nazionale costituente (il Congresso eletto nel 1986 è stato autorizzato a redigere una nuova Costituzione). Nello stesso emendamento, ci sono diverse disposizioni in materia di amnistia. Ampliando il campo di applicazione della legge del 1979, l'emendamento estende e concede l'amnistia ai dipendenti pubblici, studenti, sindacalisti, lavoratori licenziati per motivi politici e militari puniti dal Regime ²⁹.

Consideriamo ora il trattamento dell'istituto dell'amnistia nella Costituzione del 1988. Come prevedibile, dato il contesto qui sintetizzato, la Costituzione - che è stata promulgata il 5 ottobre 1988 - ha affrontato direttamente la questione dell'amnistia. Ha stabilito, chiaramente, che fossero dovute riparazioni per le vittime degli atti di eccezione. Così, tre diverse norme giuridiche hanno disposto sull'amnistia politica nel periodo analizzato qui: la Legge n. 6683/79, l'Emendamento Costituzionale n. 26/85 e la Costituzione del 1988.

Anche se è evidente che ci sia un legame storico tra queste date (1979, 1985, 1988), giuridicamente c'è una rottura, una discontinuità. Se la legge dell'amnistia e l'emendamento costituzionale fanno parte di un contesto di transizione politica caratterizzata da una ricomposizione da parte della dittatura militare-civile, la promulgazione della Costituzione del 1988 ha significato la rottura con l'intero scheletro giuridico, che ha avuto inizio con il colpo di stato del aprile del 1964. Un esempio, tratto da un dispositivo della Magna Carta del 1988, rivela la posizione esplicita della costituente del 1987/1988 di reazione ad atti arbitrari e di autoritarismo che hanno segnato il Brasile tra il 1964 e il 1985. Ai sensi dell'articolo 5 XLIII comma della Costituzione in vigore, la tortura è considerata un reato che non consente la libertà su cauzione e non è suscettibile di grazia o amnistia ³⁰. La lettura di questa disposizione è istruttiva: si vede, in prima analisi, l'impegno della società brasiliana contro la tortura, in un chiaro riconoscimento e un conseguente ripudio della sua pratica consueta nel passato recente, ma dimostra anche la reinterpretazione della parola amnistia. Se questa interpretazione, nel quadro giuridico del

29 BRASIL, Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 nov. 1985, Seção 1, p. 17.422.

30 BRASIL, Constituição: Constituição da República Federativa do Brasil, cit., articolo 5, XLIII comma.

1979, indicava l'idea del "dimenticare", essa non è più possibile in un periodo pienamente democratico.

Come abbiamo avuto modo di dimostrare, perfino nel 1979 c'era un'*origine democratizzante nella lotta per l'amnistia*. Non è stata rivendicata come un'*amnistia-oblio*. È stata forgiata sotto la bandiera della ri-democratizzazione ed è in questo senso che si è concretizzata nel 1988: in una prospettiva storica di lotte per il riconoscimento, la democratizzazione e l'inclusione.

Con tutto ciò, l'interpretazione sopra esposta comprende una vasta gamma di discussioni sul significato dell'amnistia. Come ogni concetto politico, l'amnistia è oggetto d'intensa controversia. Nel caso del Brasile, la posta in gioco è la tensione fra l'oblio e la memoria, tra i diritti fondamentali nella loro prospettiva concreta e il consolidamento di una transizione "pacifica" e "senza vincitori né vinti", che presuppone un'amnistia concepita come silenzio.

2.2. *Il processo costituente: fondazione dei diritti e riconoscimento della diversità*

Nel febbraio 1987, sono stati avviati i lavori dell'*Assembleia Nacional Constituyente* (ANC). Il segno distintivo dell'Assemblea 1987/1988 è stata la capacità di costruire una storia diversa in molti aspetti.

Il primo è procedurale: a differenza della maggioranza delle esperienze affini nel mondo (e della stessa tradizione in Brasile), l'ANC non è partita da una bozza già scritta e ha optato per il montaggio graduale, per blocchi tematici, da un grande disegno di legge, il che è sì reso possibile per la divisione dell'Assemblea in otto comitati tematici (ognuno frazionato in tre sottocommissioni). Ciò ha garantito una maggiore democrazia interna in seno all'Assemblea e ha reso il processo meno controllabile.

Il secondo aspetto da evidenziare è la partecipazione sociale senza precedenti: iniziative come la presentazione di emendamenti popolari, realizzazioni di audizioni pubbliche, monitoraggio intenso da parte della stampa, tutto questo ha trasformato l'ANC in uno spazio di permanente dinamismo per la costruzione di una nuova identità.

Il terzo argomento è la coscienza storica. La società brasiliana, appena fuori dall'esperienza traumatica del regime dittatoriale, possedeva quel potenziale di creazione e di partecipazione che fino a quel momento era stato evidentemente impedito; quindi l'ANC, in un modo in fondo neanche previ-

sto dalla classe dirigente dell'epoca, è divenuta il luogo e il tempo per la riscrittura della storia ³¹.

Ciò che è accaduto durante il processo costituente, nel 1987/1988, è stato molto più importante di una semplice sostituzione di un documento per un altro. Si è trattato di una vera e propria trasformazione delle fondamenta del diritto e della politica. Per questo è necessario sottolineare il cambiamento di paradigma: come il caso del Brasile dimostra, la storia costituzionale non è un processo evolutivo di crescente acquisizione di diritti. Non ci sono “generazioni” di diritti. Quello che è successo in Brasile è stato qualcosa di più profondo: c'è stato un processo che ha richiesto una ridefinizione di tutto l'ordine giuridico. Termini come “diritti fondamentali” o “diritti sociali” non possono essere intesi come al tempo del regime militare. Con il ritorno alla democrazia, la società è diventata un'altra, molto diversa da quella esistente durante la dittatura. Riguardo al diritto avviene lo stesso fenomeno.

In questo esercizio di elaborazione di un nuovo ordine costituzionale, un elemento deve esser rilevato: il fatto che la stessa Costituzione dichiara espressamente, nel suo art. 1, che il Brasile «si costituisce come Stato democratico di diritto». Evidenziando la natura performativa di questa asserzione, si denota che l'idea di democrazia si fa presente in ogni parte della Costituzione, come marchio originale e costituente.

È in tale contesto che si è aperto il campo semantico per l'istituzione dei diritti e, in conseguenza, per la diversità culturale. Due esempi sono rappresentativi di questo cambiamento di paradigma.

Il primo riguarda il trattamento delle questioni indigene. Rompendo un quadro legislativo e amministrativo, che incoraggiava l'acculturazione e l'assimilazione delle comunità indigene, la Costituzione del 1988 ha riconosciuto in relazione agli indios, «la loro organizzazione sociale, i costumi, le lingue, credenze e tradizioni, e i diritti originari sulle terre che occupano tradizionalmente» ³². Dunque ha assicurato una fetta minima di autonomia e di autodeterminazione politica e culturale, dovuta, innanzi

31 Cfr. Cristiano Paixão, *Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988*, «Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades», 26, 2011, pp. 161-167; Barbosa, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, cit., pp. 185-237.

32 BRASIL, *Constituição: Constituição da República Federativa do Brasil*, cit., articolo 231.

tutto, alla partecipazione significativa di leader indigeni nel processo costituente ³³.

Il secondo esempio riguarda l'organizzazione familiare. La Costituzione del 1988 prevede espressamente la parità giuridica dei coniugi e riconoscere le unioni stabili. È importante notare che il divorzio è stato introdotto nel sistema giuridico brasiliano soltanto nel 1977, e che il Codice Civile del 1916, in vigore al momento della promulgazione della Costituzione del 1988, stabiliva la centralità del padre di famiglia, ponendo la donna in una posizione subordinata, che si è mantenuta, con alcune modifiche, fino al 1988 ³⁴. Un interessante corollario della norma costituzionale relativa all'unione stabile sarebbe arrivato qualche anno dopo la sua entrata in vigore. Seppur la Costituzione fosse esplicita nel riconoscere «l'unione stabile tra uomo e donna come entità familiare», alcuni giudici e tribunali iniziarono ad accogliere le domande di unione stabile tra persone dello stesso sesso. Questa conquista si è materializzata tramite una decisione unanime della Corte Suprema (*Supremo Tribunal Federal*), che ha riconosciuto, di forma generale e vincolante per tutti, il diritto dell'unione stabile tra omosessuali ³⁵. Poco dopo, il Consiglio Nazionale di Giustizia (*Conselho Nacional de Justiça*) regolò la materia, ammettendo il diritto di matrimonio agli omosessuali ³⁶.

La società brasiliana che sorge – e si costruisce – dal 5 ottobre del 1988 (data della promulgazione del testo costituzionale) presuppone un legame fra la democrazia (sancito nell'elemento performativo dell'articolo 1 della Carta

33 Cfr. Juliana Neuenschwander Magalhães, *Diversidade cultural e justiça de transição (Os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil)*, «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 44, tomo II, 2015, pp. 1137-1166; Rosane Freire Lacerda, *Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, 2007, pp. 120-182.

34 In particolare si veda Maria Berenice Dias, *A mulher no Código Civil*, «Portal Jurídico Investidura», <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2247>, luglio 2016.

35 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.277/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 14 out.2011.

36 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 175, de 15 de maio de 2013. Diário da Justiça Eletrônico, 15 mai, 2013, p. 2.

costituzionale) e questa apertura alla diversità culturale (qui esemplificato in relazione al diritto degli *índios* e all'organizzazione familiare).

2.3. *Dopo il momento costituente. Dall'Amnistia alla Comissão Nacional da Verdade*

A questo punto dello svolgimento del tema, sembra opportuno ricordare le basi della controversia che si è stabilita, lungo il cammino per la ri-democratizzazione, circa il significato della transizione verso la democrazia e le sue ripercussioni.

Come abbiamo avuto l'opportunità di dimostrare in studi precedenti ³⁷, si può affermare che uno dei principali campi di battaglia, che è stato delineato nel 1980, riguardava i termini della transizione dall'autoritarismo alla democrazia. Fin dalle prime iniziative di distensione nel 1974, il regime militare ha cercato di controllare i passi della transizione, sia tramite la realizzazione di costanti riforme politiche (con il fine di mantenere la maggioranza al *Congresso Nacional*), sia attraverso la pubblicazione della legge dell'amnistia e al ritorno al sistema multipartitico, entrambi del 1979. Tali iniziative del Regime sono state efficaci, nella misura in cui, come sopraesposto, il primo Presidente della Repubblica civile, dopo 21 anni, è stato eletto indirettamente da un collegio elettorale creato dalla stessa dittatura.

Nel contesto succesivo al 1985, prevalse in molti settori dell'universo politico, l'idea che la ri-democratizzazione in Brasile si sarebbe contraddistinta con il marchio prevalente della transizione, associata alla riconciliazione, tramite un passaggio graduale e pacifico verso la democrazia. Nei dibattiti che hanno preceduto l'insediamento dall'*Assembleia Nacional Constituinte*, questo marchio si è rivelato nel corpo di varie esposizioni. Si possono evidenziare due dichiarazioni rilasciate da parlamentari, allora affiliati al *Partido do Movimento Democrático Brasileiro* (PMDB), partito d'opposizione al regime militare che stava nella base di sostegno del governo civile.

Pimenta da Veiga, deputato moderato e attivo nella scena politica della transizione, affermò nel 1985: «Credo in questa costituente perché si presenta come il risultato di una transizione politica. Non è il frutto di una rottura, dalla quale il paese uscirà scosso; scaturisce di un momento di pace, dove non ci sono né vinti né vincitori» ³⁸. Circa di un mese prima, un altro deputato,

³⁷ Si vedano *supra* le note 25 e 31.

³⁸ BRASIL. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, 28 nov. 1985, p. 2.506.

Valmor Giavarina, fece un'analisi molto simile: «Non avremo un'assemblea nazionale costituente tipica, classica, al prezzo di simili crisi, ma un'assemblea nazionale costituente istituita, praticabile, possibile, che il senso comune ci impone di eseguire». Per concludere: «La rottura non sarà un tratto di questa nuova era» ³⁹.

In netto contrasto con queste idee, infine si deve ricordare la dichiarazione di Raymundo Faoro, figura cruciale della lotta per la Costituente, che già abbiamo avuto opportunità di citare sopra. Ecco la valutazione di Faoro, anche nel 1985, circa la natura e la funzione del processo costituzionale che si stava avvicinando:

«Credo che stiamo dinanzi ad una discontinuità e che dobbiamo riconoscerla all'interno di una rottura. (...) Se vogliamo lasciare il sistema del 1964, non sarà, per esempio, come ho sentito un paio di giorni fa in un discorso del Presidente della Repubblica, che ringraziava Dio per non esservi stata nessuna rottura. Credo che lui consideri la rottura come una città in fiamme. Suppongo che a volte si ringrazi Dio per le ragioni sbagliate. Si deve rendere grazie a Dio esattamente perché ci sia stata una rottura. (...) La rottura ci deve essere e credo che la rottura debba esserci all'interno di una Assembleia Constituyente» ⁴⁰.

Nella nostra analisi, il risultato finale dei lavori realizzati durante l'ANC, ha rappresentato effettivamente un'indicazione di rottura col regime militare, nella misura in cui il testo di legge costituzionale, come si è già osservato, devia dalla semantica della transizione. Tuttavia, la disputa concettuale sarebbe persistita anche dopo la promulgazione della Costituzione del 1988. Questo è fondamentale nella discussione sull'amnistia.

Al contrario di quanto avvenuto in Argentina e Cile - per vari motivi, che non possono essere elencati qui - prevalse, nel post-dittatura in Brasile, per quanto riguarda la responsabilizzazione degli agenti del regime per le violazioni dei diritti umani, l'idea dell'amnistia come silenzio, come una forma di protezione dalle azioni penali. Tutti i tentativi di avviare azioni penali contro membri del regime, proposte dai parenti delle vittime o da settori legati ai pubblici ministeri, sono stati frustrati dalla magistratura. Il caso emblematico di questa situazione è stata la decisione su una causa intentata direttamente alla Corte Suprema (Supremo Tribunal Federal), l'ADPF 153, nella quale la Corte Suprema ha ribadito che qualunque reato commesso dai membri del regime sarebbe protetto dalla legge dell'amnistia del 1979, nonostante la vi-

39 BRASIL. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, 19 out. 1985, p. 1.971.

40 BRASIL. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, 3 dez. 1985, p. 2.669.

genza della Costituzione del 1988. La decisione è stata presa nel 2010, e rimane vincolante per i magistrati e tribunali brasiliani ⁴¹.

Una vasta letteratura è stata prodotta intorno al tema, compresi alcuni nostri scritti. Non è il caso di riprendere questo dibattito. La nostra intenzione, a questo punto, è soltanto quella di confrontare il significato dell'amnistia, come esso viene riaffermato nella sfera del potere giudiziario, con il problema della diversità culturale. Pertanto, dobbiamo concentrarci sull'argomento relativo alla riconciliazione nazionale.

Come avevamo segnalato prima, è interessante notare che la Costituzione del 1988 in nessuna delle sue disposizioni fa riferimento alla riconciliazione nazionale. Questa non è stata una delle preoccupazioni del costituente. Quando, però, nel 2011, è stata approvata, dopo un ampio dibattito e coordinamento tra i settori della società e del governo, una legge che ha creato la Commissione nazionale per la verità (*Comissão Nacional da Verdade* - CNV), il discorso della riconciliazione sarebbe tornato con grande forza. Fin dall'art. 1, la legge n. 12528, del 18 novembre 2011, stabilisce lo scopo della creazione di una tale Commissione: «rendere effettivo il diritto alla memoria e alla verità storica e promuovere la riconciliazione nazionale». Questa menzione espressa del termine, nella parte iniziale e generale della norma, sembrerebbe sufficiente per mettere in risalto il tema della riconciliazione. Ancora, a sorpresa, l'espressione ritorna in un altro dispositivo della legge, nell'art. 3, VI comma, dove si prevede che uno degli obiettivi della Commissione è quello di «promuovere l'efficace riconciliazione nazionale»⁴². L'inserimento della parola “efficace” richiama l'attenzione. Cosa significherebbe? L'idea che i precedenti tentativi di riconciliazione non hanno avuto successo? O la percezione che “efficace” deve essere interpretato come “definitivo”?

Torniamo alla redazione dell'art. 1. Come abbiamo visto, la legge ha due scopi principali: erigere il diritto alla memoria e alla verità e promuovere la riconciliazione nazionale. Nella sua essenza, sarebbe una costruzione ambigua, quasi contraddittoria. In un contesto di gravi violazioni dei diritti umani, è chiaro che la realizzazione del diritto alla memoria e alla verità può solo

41 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Relator: Min. Eros Grau. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 6 ago.2010. V., su questa sentenza, Cristiano Paixão, *The protection of rights in the Brazilian transition: amnesty law, violations of human rights and constitutional form* (01. September 2014), «forum historiae iuris», <http://www.forhistiur.de/2014-08-paixao/>, luglio 2016.

42 BRASIL, Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, cit., articoli 1 e 3, VI comma.

portare a conseguenze che rendono problematica l'idea di riconciliazione nazionale. Per molte delle vittime e dei difensori dei diritti umani, la realizzazione di questo diritto non può fare a meno della responsabilizzazione penale degli agenti del regime autoritario. Per altri, è altrettanto importante l'apertura completa degli archivi, pubblici e privati, per chiarire le strategie e le azioni del regime e dei suoi agenti, il che potrebbe portare al dibattito politico rivelazioni scomode di complicità e collaborazione. Niente di tutto questo favorisce, in linea di principio, la riconciliazione.

Questa equivocità – che è costitutiva nell'istituzione della Commissione – sembra aver seguito il percorso di quell'organo. Ancora deve essere elaborato un vero e proprio studio scientifico delle prestazioni della CNV; ma fin da ora è possibile affermare, esaminando i documenti prodotti dalla Commissione stessa, che i lavori della CNV sono stati caratterizzati dall'ambiguità dei suoi propri obiettivi. La CNV è sempre rimasta in una posizione intermedia. Non è stata solo una commissione che ha mirato soltanto alla raccolta dei dati e delle informazioni già esistenti sulla repressione politica; neppure è stata una commissione che ha occupato un posto di rilievo nella sfera pubblica e che ha fomentato il dibattito sulla persistenza di pratiche autoritarie. La Commissione ha innovato nel suddividere il suo rapporto finale nelle varie forme di violazioni dei diritti umani, ma nella pratica non ci sono state conseguenze istituzionali dopo la conclusione dei suoi lavori: le forze armate non hanno formulato alcun tipo di scuse e non sono state create agenzie o istituzioni in grado di dare attuazione alle raccomandazioni della Commissione ⁴³.

Un giudizio forse rigoroso, e certamente provvisorio, consisterebbe nel dire che la Commissione, impigliata nella sua ambiguità originaria, non ha raggiunto tutti gli obiettivi che si era prefissa: la sua prestazione non ha promosso la riconciliazione nazionale e non ha realizzato il diritto alla memoria e alla verità. Perciò rimane irrisolta la disputa sul significato della transizione politica, il che vuol dire che persiste ancora, nel presente, la controversia intorno all'istituto dell'amnistia.

3. *Conclusione: quale diversità?*

Avendo raggiunto la fase conclusiva della ricostruzione storica proposta fin

⁴³ Il rapporto finale è disponibile nel sito ufficiale della CNV, <http://www.cnv.gov.br/>, luglio 2016.

qui, si pone una domanda: in che misura le pratiche tendenti a riconoscere le diversità culturali sono state influenzate, nel Brasile contemporaneo, dalle politiche di memoria associate all'amnistia e alla transizione?

Nel rapporto finale della CNV, ci sono indizi di che il tema della diversità non può essere ignorato quando si tratta della comprensione del Regime militare. In una interessante iniziativa, la Commissione ha scelto di preparare testi specifici circa le violazioni dei diritti umani commessi dal Regime. Vi sono quindi capitoli del rapporto finale dedicati alle violazioni dei diritti umani perpetrati contro lavoratori, contadini, membri delle chiese cristiane, popolazioni indigene, studenti e omosessuali ⁴⁴.

Questa relazione già dimostra, di per sé, la complessità della struttura repressiva montata dal regime dittatoriale e la molteplicità dei gruppi e dei modi di vita colpiti nel periodo della repressione. Tuttavia deve essere ponderato un aspetto che si riferisce alle lacune del rapporto. Perché non è stato dedicato un capitolo specifico alle violazioni dei diritti umani commessi contro la popolazione negra e contro il movimento negro? Perché vi è punto specifico per le Chiese cristiane, lasciando altre fedi ai margini del rapporto?

Un altro profilo merita di essere evidenziato: siccome i risultati della Commissione non si sono ancora materializzati nell'ambito istituzionale e concreto, resta l'interpretazione dell'amnistia come silenzio (almeno per quanto riguarda la responsabilizzazione penale degli agenti della dittatura), che è direttamente legata all'idea della riconciliazione ⁴⁵. Queste nozioni ampie dell'amnistia e della riconciliazione si riferiscono, per questo, a un lessico uniformante, omogeneizzante, che proietta una transizione pacifica contrassegnata dalla ripresa di un'armonia perduta. Come si pone la questione della diversità culturale dinanzi a questo discorso?

⁴⁴ I capitoli fanno parte del volume II del rapporto finale della CNV, http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf, luglio 2016.

⁴⁵ Tra la vastissima letteratura in materia si vedano Ronald C. Slye, *Amnesty, Truth and Reconciliation: Reflections on the South African Amnesty Process*, in Robert Rotberg, Dennis Thompson (a cura di), *Truth v. Justice – the Morality of Truth Commissions*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2000, p. 170-188; David A. Crocker, *Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation*, in Elazar Barkan, Alexander Karn (a cura di), *Taking Wrongs Seriously – Apologies and Reconciliation*, Stanford, Stanford University Press, 2006, pp. 50-82; Sandrine Lefranc, *Faire retentir la «vérité des victimes»*. *La Truth and Reconciliation Commission sud-africaine, entre émotions et froideur juridique*, in Julie Allard et. al. (a cura di), *La vérité en procès – les juges et la vérité politique*, Paris, LGDJ, 2014, pp.213- 234.

Si parte dal presupposto, stabilito nelle ispirate pagine di Giacomo Marramao, che la diversità culturale comporta, innanzitutto, la percezione di una differenza. Questa percezione, che resiste a tutti i tentativi di unificazione, include una grammatica di forme di vita evidenziate dalla pluralità e dall'alterità. Tale costruzione, che deriva dai movimenti sociali e politici innescati dalla seconda metà del XX secolo, ha lo scopo di consolidare ciò che Marramao qualifica come *modernità-mondo*, e che è, in linea di principio, incompatibile con un'idea di comunità politica ancorata a legami di consanguineità, lingua comune, razza o nazionalità ⁴⁶.

È ragionevole ipotizzare che tali cambiamenti - che sono in pieno svolgimento, e i cui sviluppi sono complessi e molteplici - influenzino il modo di comprendere la storia contemporanea. Le dispute sul significato dell'amnistia nel paesaggio politico e giuridico del Brasile contemporaneo sono in pieno svolgimento. Le politiche di memoria relative al periodo autoritario sono costantemente riscritte. In Brasile, il riconoscimento della diversità - che è stato possibile costatare, nella sua fase iniziale, nel processo costituente del 1987/1988 - rimane ancora una sfida. Resta inteso, che in future ricerche sull'argomento, la nozione di diversità culturale, così importante nel contesto brasiliano, dovrà essere approfondita e posta in primo piano ⁴⁷.

⁴⁶ Giacomo Marramao, *Passaggio a Occidente - filosofia e globalizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, pp. 202-241; Id., *La passione del presente*, cit., pp. 169-205.

⁴⁷ L'autore ringrazia Massimo Meccarelli, Douglas Pinheiro, Raphael Peixoto, Silvana Guarino e Pier Alberto Guarino per la lettura del testo e i suggerimenti sulle prime versioni dell'articolo.

Bibliografia

- Agamben Giorgio, *Infanzia e storia – distruzione dell'esperienza e origine della storia*, Torino, Einaudi, 2001; tr. por. *Infância e história: destruição da experiência e origem da história*, Belo Horizonte, UFMG, 2005;
- Anderson Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London, Verso, 2006;
- Andrieu Kora, *La justice transitionnelle – de l'Afrique du Sud au Rwanda*, Paris, Gallimard, 2012;
- Barbosa Leonardo Augusto Andrade, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2012;
- Bevernage Berber, *Writing the Past Out of the Present: History and the Politics of Time in Transitional Justice*, in «History Workshop Journal Issue», 69, 2010, pp. 111-131;
- Bicalho Nair, José Geraldo Sousa Junior, *Direito à memória e à verdade*, «Constituição & Democracia», 17, 2007, p.3;
- Brasil, Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 ago. 1979, Seção 1;
- Brasil, Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 nov. 1985, Seção 1;
- Brasil, Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, 28 nov. 1985;
- Brasil, Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, 19 out. 1985;
- Brasil, Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, 3 dez. 1985;
- Brasil, Constituição: Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988, Seção 1;
- Brasil, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Relator: Min. Eros Grau. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 6 ago. 2010;
- Brasil, Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Diário Oficial da União, 18 nov. 2011, edição extra;
- Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 14 out. 2011;

- Brasil, Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 15 de maio de 2013. Diário da Justiça Eletrônico, 15 mai, 2013;
- Colao Floriana, *Il volto della nazione nelle amnistie politiche*, in Karl Härter, Cecilia Nubola (a cura di), *Grazia e giustizia : figure della clemenza fra tardo Medioevo ed età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 463-488;
- Conclat, *Resoluções da Primeira Conferência Nacional da Classe Trabalhadora*, Praia Grande, 21 a 23 de agosto de 1981, <<http://cut.org.br/system/uploads/document/86dcbd56c3369893d0854383f7e86000/file/1-conferencia-nacional-da-classe-trabalhadora-conclat-21-a-23-08-1981.pdf>>, luglio 2015;
- Cony Carlos Heitor, *O ato e o fato: o som e a fúria do que se viu no Golpe de 1964*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2014;
- Crocker David A. , *Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation*, in Elazar Barkan, Alexander Karn (Eds.), *Taking Wrongs Seriously – Apologies and Reconciliation*, Stanford, Stanford University Press, 2006, pp. 50-82;
- Dias Maria Berenice, *A mulher no Código Civil*, in «Portal Jurídico Investidura», <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2247>, luglio 2016;
- Dippel Horst, *História do constitucionalismo moderno – novas perspectivas*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2007;
- Elster Jon, *Closing the books. Transitional justice in historical perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004;
- Gumbrecht Hans Ulrich, Entrevista, in «Revista Humanidades», 58, 2011, pp. 16-21;
- Hartog François, *Tempos do mundo, história, escrita da história*, Manoel Luiz Salgado Guimarães (Org.), *Estudos sobre a escrita da história*, Rio de Janeiro, 7Letras, 2006, pp. 15-25;
- Hartog François, *Tempo e história: como escrever a história da França hoje?*, in «História Social», 3, 1996, pp. 127-154, <http://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/rhs/article/view/89/84>;
- Lacerda Rosane Freire, *Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto con-*

- stitucional de 1988*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, 2007;
- Lefranc Sandrine, *Faire retentir la «vérité des victimes». La Truth and Reconciliation Commission sud-africaine, entre émotions et froideur juridique*, in Julie Allard et. al. (sous la direction de), *La vérité en procès – les juges et la vérité politique*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 213- 234;
- Marramao Giacomo, *Passaggio a Occidente – filosofia e globalizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003;
- Marramao Giacomo, *La passione del presente*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008;
- Meccarelli Massimo, María Julia Solla Sastre, *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: An Introduction*, in Id. (Eds.), *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: Research Experiences and Itineraries*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 3-24;
- Moreira Alves Maria Helena, *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*, Petrópolis, Vozes, 1984;
- Napolitano Marcos, *Cultura e poder no Brasil contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 2006;
- Neuenschwander Magalhães Juliana, *Diversidade cultural e justiça de transição (Os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil)*, in «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 44, tomo II, 2015, pp. 1137-1166;
- Olsen Tricia, Leigh Payne, Andrew Reiter, *Transitional justice in balance – comparing processes, weighing efficacy*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 2010;
- Paz Octavio, *La búsqueda del presente*, in «Revista Humanidades», 58, 2011, pp. 118-129;
- Paixão Cristiano, Renato Bigliazzi, *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*, Brasília, UnB/Finatec, 2011;
- Paixão Cristiano, *Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988*, in «Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Human-

- dades», 26, 2011, pp. 146-169, <https://ojs.publius.us.es/ojs/index.php/araucaria/article/view/1379/1259>;
- Paixão Cristiano, *Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014)*, in «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 43, tomo I, 2014, pp. 415-458;
- Paixão Cristiano, *The protection of rights in the Brazilian transition: amnesty law, violations of human rights and constitutional form* (01. September 2014), in «forum historiae iuris», 01 September 2014, <http://www.forhisiur.de/2014-08-paixao/>;
- Paixão Cristiano, *Past and future of authoritarian regimes: Constitution, Transition to Democracy and Amnesty in Brazil and Chile*, in «Giornale di Storia Costituzionale», 30, 2015, pp. 89-105;
- Partido Comunista Brasileiro*, in *Dizionario Storico e Biografico Brasiliano*, Fondazione Getúlio Vargas (FGV), < <http://www.fgv.br/cpdac/acervo/dicionarios/verbete-tematico/partido-comunista-brasileiro-pcb> >, luglio 2016;
- Philippe Xavier, *Commission Vérité et Réconciliation et droit constitutionnel*, in Barbara Cassin, Olivier Cayla, Philippe-Joseph Salazar (sous la direction de), *Vérité, Réconciliation, Réparation*, Paris, Seuil, 2004, pp. 219-241;
- Relatório da Comissão Nacional da Verdade*, <http://www.cnv.gov.br/> 10 de dezembro de 2014;
- Sader Eder, *Quando novos personagens entraram em cena – experiências e lutas dos trabalhadores da Grande São Paulo (1970-1980)*, São Paulo, Paz e Terra, 2010;
- Schneider Ann. M., *Amnesties in Brazil, 1895-1985*, PhD Dissertation, University of Chicago, Department of History, December 2008;
- Slye Ronald C., *Amnesty, Truth and Reconciliation: Reflections on the South African Amnesty Process*, in Robert Rotberg, Dennis Thompson (Eds.), *Truth v. Justice – the Morality of Truth Commissions*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2000, pp. 170-188;
- Stourzh Gerald, *Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century*, in Terence Ball, John Greville Agard Pocock (Eds.), *Conceptual Change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988, pp. 35-54;

Torrenzano Antonio, *Sur l'hypertrophie du présent. Conversation avec Marc Augé*, in «Blog e-South» (Le Monde), <http://e-south.blog.lemonde.fr/2012/08/07/sur-lhypertrophie-du-present-conversation-avec-marc-auge-e-hess-paris/>, luglio 2016.

LA DIVERSITÀ NEL DIRITTO

DIVERSITÀ E DIRITTO. QUESTIONI DI METODO A PARTIRE DA UNO SGUARDO STORICO-GIURIDICO

Ricardo Marcelo Fonseca

1. Introduzione

Il tema della diversità è, oggi, uno dei più ricorrenti e importanti nell'ambito delle scienze umane e sociali e, particolarmente nel campo del diritto, pensare la diversità è una sfida per niente semplice. Per certi aspetti sembrerebbe che la diversità sia una condizione inerente alla stessa sfera giuridica. In fondo la differenza di posizioni e l'opposizione di interessi in genere, è qualcosa di presupposto quando emerge un conflitto che rivendica una soluzione giuridica. Senza differenza di interessi e senza conflitti il diritto non sarebbe chiamato a intervenire. Tuttavia a questa diversità (di interessi, di posizioni, di punti di vista), che è propria delle parti coinvolte in una lite giudiziale, in genere si oppone una logica della stessa istanza giuridica che, per sua natura (almeno nella nostra modernità), tende ad avere *una* logica, *una* certa maniera di concepire e di risolvere le controversie; tende, insomma, a *una* razionalità che deve possedere criteri unitari, che servano a tutti, che siano riconosciuti come legittimi per chi vince e per chi perde, al fine di ripristinare la pace sociale e poter risolvere un determinato conflitto di interessi. Il diritto deve, per questo, possedere una propria logica interna, che vada oltre le divergenze individuali, deve possedere criteri che trascendano la diversità emergente dalla concreta realtà dei conflitti, deve avere una razionalità che ottenga un riconoscimento di legittimità generale. Il diritto, in definitiva, deve tendere a *risolvere* i conflitti, le liti, le diversità, a partire da criteri condivisi da tutti (o al meno da una grande maggioranza). Il diritto, quindi, al fine di risolvere le differenze che sussistono all'interno delle dinamiche di conflittualità proprie della società, deve mantenere una logica interna che, per dare certezza, sicurezza, legittimità, cerchi di *eliminare e limitare la diversità*.

In sintesi: la questione della diversità è giustamente complessa per il giurista, perché, da un lato, l'esistenza delle controversie e delle liti – in una parola, delle *differenze* – è quasi un presupposto, affinché il diritto sia chiamato a realizzarsi; dall'altro, tuttavia, quando è chiamato ad intervenire, il diritto deve essere orientato da criteri che limitino, regolino e ponderino la

conflittualità e deve cercare una logica che risulti *omogenea* rispetto alle differenze, deve trovare criteri univoci su ciò che è giusto e su ciò che è corretto; insomma, nel momento della sua applicazione, ciò che il diritto deve fare è eliminare le differenze. Di fatto, i *topoi* interpretativi, le forme di applicazione dell'*aequitas*, le convinzioni dottrinali e l'esegesi fatta dai tribunali sul contenuto del diritto, non sono altro che sforzi per eliminare le differenze, per arrivare, alla fine, ad una interpretazione che, ponendosi al di sopra della conflittualità espressa nel caso concreto, sia capace di superare (e pacificare) tutta la diversità del mondo sociale.

Ciò che sembra esistere, pertanto, è una *tensione interna* nel diritto rispetto al tema della diversità: al medesimo tempo in cui si confronta con essa, il diritto intende eliminarla, per stabilizzarsi, per risolversi e per legittimarsi.

Tuttavia il modo con cui questa tensione tra diritto e diversità si dà, è molto variabile, dipendendo dalla molteplicità delle esperienze giuridiche. Non si può dire che tale tensione si configuri oggi nella stessa forma del passato recente e remoto. Diversità e diritto, nei diversi tempi storici, possono convivere in un certo equilibrio, o, al contrario, possono tendere ad escludersi reciprocamente. Ciò, in buona parte, dipende da come ciascuna epoca, nelle sue rispettive configurazioni discorsive e nella forma con cui si esprime il suo pensiero giuridico, colloca il problema della relazione tra diritto e diversità. È per questa ragione che la storia del diritto, a mio modo di vedere, può fornire un contributo importante in tale dibattito.

Sulla base di questa premessa, il testo che segue intenderà delineare alcuni modelli nella relazione tra diritto e diversità considerando una prospettiva storico-giuridica; in effetti, anche questo tema può e deve esser storicizzato. Seguendo tale percorso e tentando di comprendere gli influssi teorici riguardo al tema della diversità nella sua relazione con il diritto, ci si propone di fornire qualche apporto di carattere metodologico, soprattutto per il campo della storia del diritto.

2. Diritto e diversità nella pre-modernità

L'esperienza giuridica dello *ius commune*, come è noto, ha avuto lunga vita tanto in Europa quanto – a suo modo – nell' America Latina. Nel primo caso, seppure con cesure e differenze storiche rilevanti lungo sette secoli, esso ha avuto vigenza – sulla base delle seminali elaborazioni dei giuristi tardome-

dievali – dalla “riscoperta” del *Corpus iuris civilis* fino all’avvento del tempo delle codificazioni nel secolo XIX ¹. Anche nel caso dell’America Latina, che ha ricevuto il diritto europeo ovviamente dai suoi colonizzatori, ma dandogli propri caratteri, sopravvivono varie declinazioni dello *ius commune*; sia in quella che gli ispano-americani chiameranno l’esperienza del *derecho indiano* ², sia nel modo, a sua volta peculiare, sempre plurale ed eterogeneo, con cui i luso-americani si appropriano di questa eredità ³.

In ogni caso lo *ius commune* europeo, come si sa, è un’esperienza complessa, spesso mal compresa e che costituisce un modello molto distante da quello che sperimentiamo oggi. Lo *ius commune* non era un sistema chiuso, non era un diritto codificato o legalizzato, non era legato ad una forza statale e tanto meno era considerato come un diritto di applicazione esclusiva per un determinato territorio. Si trattava, questo sì, di un diritto dottrinale o scientifico, elaborato dai giuristi, soprattutto dai *doctores* delle università più riconosciute, che tenevano come punto di partenza i testi “classici” (di diritto romano e canonico). Con essi, sorge un diritto comune: nelle tecniche discorsive utilizzate, nella lingua (il latino), nello spazio geografico (europeo). Come spiega Paolo Grossi, lo *ius commune* era un «deposito inesauribile di analisi e soluzioni tecnico-giuridiche, ma anche di concetti e di principi, al tempo stesso astratti e duttili, di cui la complessa realtà socio-economica del tardo medioevo teneva una necessità urgente» ⁴.

La natura del diritto comune non può essere esemplificata e il dibattito riguardo la sua caratterizzazione non è circoscritto ⁵. Tuttavia, si può tenta-

1 Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995; António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012.

2 Victor Táu Anzoátegui, *Que fue el derecho indiano*, 2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.

3 António Manuel Hespanha, *Por que é que existe e no que consiste um direito colonial brasileiro*, «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 35, Tomo I, 2006; Ricardo Marcelo Fonseca, *Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo*, in Bernardo Sordi (a cura di), *Storia e diritto: esperienze a confronto (Firenze, 18-19 ottobre 2012)*, Milano, Giuffrè, 2013 e Ricardo Marcelo Fonseca, *La cultura jurídica brasileña del siglo XIX entre híbridos y tensiones en la tutela de los derechos: algunas hipótesis de trabajo*, «Forum historiae iuris», 2014, «<http://www.forhistiur.de/en/2014-08-fonseca/?l=es>».

4 Paolo Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 56-57.

5 Nell’ambito della storiografia europea ci sono studi già classici di riferimento sul

re di riassumere, facendo affidamento allo sforzo di sintesi già a suo tempo proposto da Adriano Cavanna, che l'esperienza dello *ius commune* comprendeva: a) un diritto fortemente giurisprudenziale, che intendeva adattarsi a nuova esigenza del tempo in cui veniva manifestandosi; b) un ruolo centrale del giurista come soggetto incaricato di fare una mediazione tra i testi del *corpus iuris civilis* e la prassi stabilendo un nesso tra "autorità" dei testi antichi e "creatività" nella adattamento/reinvenzione/traduzione di tali testi nel mondo storicamente molto distinto da quello nel quale vennero prodotti originalmente⁶. Ciò tuttavia conduce a un elemento cruciale nella comprensione e caratterizzazione dello *ius commune*: il fatto di essere un diritto permeabile ai diritti particolari, un diritto che non porta con sé una pretesa di completezza, di astrazione o di esclusività. Il diritto comune, insomma, si pone come un diritto universalmente sussidiario e pertanto dotato di profonda relatività⁷.

tema: Francesco Calasso, *Medio Evo del diritto. I – Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 1954; Id., *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 1964; Id., *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1970; Mario Ascheri, *Medioevo del potere: le istituzioni laiche ed ecclesiastiche*, Bologna, Il Mulino, 2005; Id., *Introduzione storica al diritto medievale*, Torino, Giappichelli, 2007; Emanuele Conte, *Diritto comune*, Bologna, Il Mulino, 2009; Ennio Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale*, 2^a ed., Roma, Bulzoni editore, 1996; Adriano Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, Giuffrè, 1982; Mario Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto: contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969; Antonio Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa: dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2007; Paolo Cappellini, *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010 (in particolare pp. 123 ss.); Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht. I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985; trad. in lingua spagnola: *Derecho privado Europeo. T. I – Derecho Común más antiguo*, Madrid, Fundación cultural del notariado, 1996; Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995. In particolare in ambito iberico si vedano Bartolomé Clavero, *Historia del derecho: derecho común*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 1994; Francisco Tomás y Valiente, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, editorial Tecnos, 2003; Marta Lorente e Jesus Vallejo (orgs.), *Manual de historia del derecho*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012; Hespanha, *Cultura jurídica europeia*, cit.; Id., *As vésperas do Leviathan: Instituições e poder político, Portugal – séc. XVII*, Coimbra, Almedina, 1994, e anche l'ormai essenziale António Manuel Hespanha, *Como os juristas viam o mundo (1550-1750): direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes*, Lisboa, Amazon books, 2015.

⁶ Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., pp. 116-117.

⁷ Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., p. 61. La storiografia è tornata poi ad approfondire il tema tra diritto comune e diritti particolari in più occasioni; si vedano ad esempio Umberto Santarelli, *"Ius commune" e "iura propria": strumenti teorici*

In Brasile le cose non erano differenti. Nonostante gli strumenti di circolazione di una cultura giuridica letterata fossero molto più scarsi, la stessa dinamica coloniale rendeva possibile il fatto che l'applicazione del diritto avesse luogo a partire da una dialettica in cui la tendenza alla decentralizzazione degli ordini normativi e l'esistenza di un punto di riferimento metropolitano nel diritto finissero per integrarsi, funzionando in modo più o meno analogo a quanto avveniva nel contesto europeo dello *ius commune*. Come ci ricorda Antonio Hespanha, studiando il caso brasiliano in epoca coloniale «il modello di ordinamento giuridico proposto dal diritto comune europeo non oppone grandi ostacoli dottrinali alle tensioni centrifughe della realtà coloniale. Al contrario, forniva una serie di principi dottrinali e di modelli di funzionamento normativo che si adattavano bene a una situazione come quella del *sertão* brasiliano» ⁸. Sulla stessa linea, Luis Fernando Pereira, quando analizza i giudizi ordinari come il “nodo” della cultura giuridica coloniale brasiliana, deduce che «Le municipalità erano il centro di formazione di una cultura giuridica coloniale che non si presentò necessariamente come qualcosa di opposto all'alta cultura giuridica dei *letrados*, ma, in una complessa circolarità, offrivano e ricevevano elementi che furono utilizzati come base per tali costruzioni», di modo che «ciò che si percepisce è una buona assimilazione delle regole formali e delle tecniche procedimentali, non ostante ciascuna camera mantenesse costituito un contenuto più adeguato alla propria realtà» ⁹.

per l'analisi di un sistema, (1989), ora in *Ubi societas ibi ius. Scritti di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 515-527; Pietro Costa, *'Ius commune', 'ius proprium', 'interpretatio doctorum': ipotesi per una discussione*, in Aquilino Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comu i Catalunya*, Barcelona, Fundació Noguera, 1995, pp. 29-42; Pio Caroni, *Statutum et silentium. Viaggio nell'entourage silenzioso del diritto statutario*, «Archivio storico ticinese», 118, 1995, pp. 129-160; Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit.; Massimo Meccarelli, *The Autonomy of Law and the Statutes of the Cities in the Legal Order of the Late Middle Ages*, in Željko Radić, Marko Trogrlić, Massimo Meccarelli, Ludwig Steindorff, (Eds.), *Splitski Statut iz 1312. Godine: povijest i pravo*, Split, Književni Kurg, 2015, pp. 41-52; Pietro Costa, *“Così lontano, così vicino”: Il comune medievale e la sua autonomia*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 43, 2014, pp. 689-782.

⁸ Hespanha, *Por que é que existe e no que consiste um direito colonial brasileiro*, cit., p. 80: «o modelo de ordenamento jurídico proposto pelo direito comum europeu não punha grandes obstáculos doutrinários às tensões centrífugas da realidade colonial. Pelo contrário, fornecia uma série de princípios doutrinários e de modelos de funcionamento normativo que se acomodavam bem a uma situação como a do *sertão* brasileiro».

⁹ Luis Fernando Lopes Pereira, *O império português: a centralidade do concelho*

Tanto l'esperienza giuridica medievale, quanto l'esperienza giuridica coloniale brasiliana (e che si protraggono, entrambe, più o meno fino alla fine del periodo che in Europa viene individuato come *Ancient Régime*) sono marcate, dunque, da strutture politico-giuridiche decentralizzate e plurali, nelle quali il diritto si propone nel ruolo di *mediatore* tra il vasto pluralismo di *iurisdictiones* (e, dunque, nell'ampia pluralità di ordinamenti produttori di giuridicità) in un modello dottrinale che tendeva a una certa universalità (di principi, di metodi, di forme di applicazione, ecc.) la quale incideva, tuttavia, in modo supplementare. Come esempi emblematici di tale compito di mediazione tra differenti ordinamenti particolari, da un lato e un diritto dottrinale di carattere comune dall'altro, vi sono delle figure centrali, che in storiografia sono state oggetto di studi autorevoli, dell'*aequitas*¹⁰ e dell'*arbitrium*¹¹. Tanto l'una, quanto l'altro richiedono che l'interprete non tenga come premessa il primato assoluto di una norma generale e astratta, ma che egli prenda in considerazione il particolare, il topico, la dimensione concreta, la dimensione storica. Richiedono che Egli prenda in considerazione, dunque, la diversità.

Il diritto di questo periodo (sia in Europa che in Brasile) trae con sé il compito di farsi campo di convergenza tra molte e naturali diversità coesistenti che formano insieme, l'ordine giuridico di questa epoca. Il diritto, in

e da cidade, espaço da cultura jurídica, in Ricardo Marcelo Fonseca (org.), *As formas do direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 594-595: «os concelhos eram o centro da formação de uma cultura jurídica colonial que não se apresentou necessariamente como algo oposto à alta cultura jurídica dos letrados, mas, em uma complexa circularidade, ofereceram e receberam elementos que foram utilizados como base para tais construções», di modo che «o que se percebe é uma boa assimilação das regras formais e das técnicas procedimentais, embora cada câmara tenha constituído um conteúdo mais adequado à sua realidade».

¹⁰ Parlando della *aequitas canonica*, Paolo Grossi ci spiega che «dove il giudice ravvisi l'esistenza di un *periculum animae*, sussiste il dovere ineludibile di disapplicare la norma astratta in relazione al caso concreto», Paolo Grossi, *Scritti canonistici*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 225.

¹¹ Nel dimostrare che *arbitrium* non era, nel contesto del diritto medievale, una *mera voluntas*, quanto invece una *voluntas iustificata*, Massimo Meccarelli precisa che «l'*arbitrium* non rappresenta un fattore eversivo degli equilibri del sistema e delle sue regole e non costuisce nemmeno una sfera di libertà riconosciuta a qualcuno per porsi fuori o oltre l'ordinamento vigente. L'*arbitrium*, in quanto volontà giustificata, in quanto *voluntas submissa fraeno rationis*, si mostra come elemento fisiologico del sistema da cui trae la sua region d'essere», Massimo Meccarelli, *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridico in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 11.

tal modo, è il luogo di convivenza e conciliazione tra un ordine universale e gli innumerevoli ordinamenti particolari, tra le tendenze centrifughe e quelle centripete, tra “uno” e “molti”. La diversità, in fine, è risolta all’interno del proprio diritto, è accolta attraverso il diritto come una parte integrante della sua struttura, come una sua componente naturale. Più ancora, l’esistenza di tante *diversità sistemiche* è una condizione costitutiva e necessaria del funzionamento della dimensione giuridica, durante questo tempo storico.

In esso, in fine, diversità non è qualcosa che si contrappone al diritto; è qualcosa che convive con esso, che ne rappresenta parte integrante e costitutiva. Il diritto, qui, appare non poter vivere senza la diversità.

3. *Diritto e diversità nella modernità giuridica*

Come è noto, il momento rivoluzionario che si manifesta in Europa alla fine del XVIII secolo implica delle cesure importanti nell’ordine politico e giuridico. Compare il nuovo linguaggio dei diritti ¹² e una maniera radicalmente nuova di funzionamento delle fonti del diritto ¹³. La fase settecentesca - nella quale vi è una tensione nello spazio giuridico nel quale le fonti regie (fonti centralizzatrici, come emblematicamente nel caso della Legge) cercano di limitare lo spazio della consuetudine, della tradizione dottrinale romanistica, della tradizione canonistica – culmina con il momento nel quale prevale una consapevolezza, fondata su un razionalismo ottimista, secondo la quale la legge – cristallizzazione di precetti coincisi, chiari e obbiettivi – debba eliminare le insicure fonti del diritto prevalenti nell’antico regime.

Il *Code civil* napoleonico del 1804 è emblematico in questo processo, nel tentativo di condensare in un solo libro e in un solo sistema razionale, tutta la regolazione privata del cittadino. Niente di più potrà cadere fuori da questo

¹² Maurizio Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, 2ª ed. Torino, Giappichelli, 2014; Pietro Costa, *Civitas: storia della cittadinanza in Europa. II. L’età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

¹³ Paolo Grossi, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998; Id, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3ª ed. Milano, Giuffrè, 2007; Paolo Cappellini, *Storia del diritto moderno: tre saggi*, Milano, Giuffrè, 2003; Giovanni Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale: percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2011; Pio Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998; Paolo Cappellini, Bernardo Sordi (a cura di), *Codici: una riflessione fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002.

libro; da questo momento in poi sarà obbligatorio utilizzare la legge scritta, solamente essa, nella soluzione di qualsivoglia conflitto, arrivando al punto di vincolarla alla responsabilità del giudice, che, nel mondo di *Ancien Régime*, risolveva ricorrendo ai principi alla consuetudine alla dottrina. È ciò che si deduce dal tenore dell'art. 4 del *titre préliminaire* ¹⁴.

Il mondo in generale e il mondo del diritto in particolare, ora sarà “modellato” ¹⁵, inquadrato in un formato, chiuso in un sistema. Il giurista, prima libero interprete e dotato di voce privilegiata nell'espressione dell'ordine giuridico, ora deve conformarsi ad essere un mero esegeta della volontà sovrana e mitologizzata del legislatore. Il giudice, dal suo lato, si riduce ad essere una mera “bocca inanimata della legge”, conformemente a quanto aveva spiegato Montesquieu. Come insegna Paolo Grossi, la legge da questo momento sarà «l'unica fonte capace di esprimere la volontà generale ed è in grazia di una siffatta qualità che il suo primato s'impone, che il sistema delle fonti si serra in un assetto gerarchico con l'inevitabile devitalizzazione di ogni altra produzione giuridica» ¹⁶.

Se consideriamo ciò che sta accadendo al sistema giuridico, in questo scenario post-rivoluzionario d'impronta borghese, in rapporto alle caratteristiche del già analizzato *ius commune*, possiamo rilevare che qui sta operando una tendenza alla riduzione: riduzione di tutta la giuridicità plurale e corale in un modello, in una razionalità, in una fonte. Non s'intenderà più come qualcosa di naturale, che il sistema giuridico funzioni in modo topico, che operi a partire da problemi concreti, che sia collegato o confuso con il ricco crepitare della storia; il diritto dovrà essere, più che mai, sistematico e dovrà essere concepito in modo formale e astratto, al fine di sussumere la molteplicità delle soluzioni empiriche in un modello unico da applicarsi universalmente.

Si tratta solamente dello svolgimento nell'ambito giuridico di quanto accade, in questo stesso momento di consolidazione della modernità, in tanti altri ambiti, come ad esempio nella filosofia e nella politica. Per usare il linguaggio degli antropologi, si tratta di un'operazione di “riduzione ad uno”: la riflessione gira intorno ad un soggetto monistico (cartesiano o kantiano) e la

14 At. 4 Code civil 1804 : «Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

15 Cappellini, *Storie di concetti giuridici*, cit., p. 113.

16 Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3ª ed. Milano, Giuffrè, 2007, p. 97.

politica deve ruotare solamente intorno ad un'autorità (lo Stato) considerata l'unica legittima e quella deve incaricarsi di esprimersi attraverso la legge. L'ossessione di tutto il processo rivoluzionario francese nell'eliminare ogni "ordine intermedio" tra individuo e Stato Nazione è ben indicativa a tale riguardo ¹⁷.

La diversità di ordinamenti giuridici è, pertanto, cancellata, inoltre è vista come sconveniente e nociva. Con la riduzione della dimensione giuridica a una sola voce (statale), tale voce può avere un solo timbro: il momento ottocentesco (al meno fino al finale del secolo XIX) non ammetterà un pluralismo esegetico, non ammetterà la possibilità che la voce della Legge sia equivoca. La legge possiede un solo "spirito", che solo necessita di essere rivelato e, poi, applicato. In tale momento storico, di radicale riduzione della giuridicità a un'unità, si colloca il problema dell'*interpretazione della legge*. Essendo dotata di razionalità intrinseca, certa e infallibile, non possono emergere dei dubbi.

La diversità (sia dei molteplici ordinamenti giuridici, sia delle interpretazioni possibili di fronte ad un unico ordinamento) è proscriotta dal mondo del diritto. Nella modernità giuridica ottocentesca non c'è luogo per la diversità. Sotto il mantello di un razionalismo universalista, il mondo è pianificato, le condotte sono pianificate, i criteri sono pianificati. Il diritto passa a non trattare più, nella sua logica interna, della diversità radicale e contraddittoria del mondo storico, passa ad ignorare il carattere travalicante della realtà empirica. Il mondo astratto e formale, in quanto sostenuto da un razionalismo che non viene posto in discussione, si deve imporre al mondo reale e storico.

È interessante notare come tale allontanamento tra diritto e diversità, nel mondo storico ottocentesco, arriva ad essere percepito perfino da un personaggio come Karl Marx, non certo interessato a esaminare il mondo della legge, come invece il mondo dei conflitti sociali (di classe). Nel cuore del secolo XIX, in vari punti della sua analisi, la sua teoria arriva al punto di separare il mondo del diritto da quello "reale": il diritto si trasforma, nella sua riflessione, in epidermide, in effetto, in mero riflesso di quanto accade nella dinamica storica. Più di questo, il diritto si trasforma in qualcosa di intrinsecamente legato alla stretta sfera politica e, con tale veste, si propone come strumento borghese di dominazione di classe. Anche per Marx, dunque, esiste una

¹⁷ Si veda l'art. 3 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789: «Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut l'exercer d'autorité qui n'en émane expressément».

distanza tra l'effettivo mondo storico (che è il luogo del conflitto, delle lotte, delle *differenze*) e il mondo del diritto (che intende imporre un complesso di valori e criteri – essenzialmente borghesi e pertanto parziali – per l'insieme della società). Ciò spiega, per fare solo un esempio, la netta sfiducia di Karl Marx riguardo al linguaggio dei diritti (che oggi è considerato, incluse le sensibilità di sinistra, come un importante tratto progressista) contenute nella *Déclaration des droits de l'homme* del 1798¹⁸, che invece vedeva come un linguaggio meramente borghese, solo proprio della parte dominante della società. Anche per un osservatore come Marx, il diritto si era trasformato, in quel tempo, in una sfera che non dava conto dei conflitti della complessità presenti nella società; per lui, il diritto non era un'istanza capace di percepire la profonda *diversità* iscritta nel mondo sociale.

Nell'esperienza brasiliana la situazione è molto simile: anche qui l'inserimento di un modello politico e normativo a scapito della profonda diversità di ordinamenti esistenti, fu un processo difficile e molto conflittuale. Come esempio eloquente, possiamo considerare la c.d. “*Revolta da Vacina*” che occorre nel 1904 nella capitale della allora giovane Repubblica, Rio de Janeiro: anche in quel caso tutta la conflittualità che esplose, quando il governo centrale tentò di applicare autoritariamente disposizioni sanitarie, così come la forte resistenza dei più poveri alla “invasione” nelle proprie case di estranei pubblici ufficiali vestiti di bianco, possono essere chiaramente interpretate come emblematiche del teso processo di imposizione di una norma, di una condotta e di una legge in un ambiente ancora in gran parte abituato ad altre forme di potere, di condotta e di normazione¹⁹. L'imposizione della modernità giuridica nel Brasile, nel suo processo di riduzione della pluralità all'unità fu, come in altri luoghi, fortemente conflittuale e violenta.

In questa tappa, dunque, abbiamo una relazione tra diritto e diversità che è differente (e al contempo è opposta) da quella nell'esperienza storica anteriore: da parte integrante della propria giuridicità che era, la diversità diventa ciò che deve essere ad ogni costo proscritto dal mondo del diritto.

18 Karl Marx, *Zur Judenfrage*, Deutsch-Französische Jahrbücher, Paris, 1844; tr. A *questão judaica*, São Paulo, ed. Moraes, 1991.

19 Nicolau Sevcenko, 2ª ed. *A revolta da vacina*, São Paulo, Cosac Naify, 1984; José Murilo de Carvalho, *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*, São Paulo, Companhia das Letras, 1987.

4. *Diritto e diversità nel nostro tempo*

Il razionalismo compatto che caratterizzò il pensiero del secolo XIX conosce importanti trasformazioni con l'avvento del nuovo secolo e, in questo processo, il tema della diversità è ridisegnato in modo incisivo.

La fine del secolo XIX è il momento in cui, nella cultura filosofica, viene prodotta la riflessione nietzschiana che, lungo il secolo XX, vedrà alcuni dei suoi svolgimenti più importanti (critica della ragione, critica della verità, critica della morale). L'inizio del secolo XX vedrà inoltre fiorire, in questo stesso campo filosofico, la riflessione ermeneutica (Heidegger e poi Gadamer) che ugualmente va a costituire un apporto teorico eminentemente critico del modo moderno di concepire il processo di conoscenza.

Non è possibile, evidentemente, riassumere in poche righe l'effervescenza teorico-critica del secolo XX (con personaggi come Adorno, Horkheimer, Benjamin, Arendt, Levinas, tra tanto altri che possono essere menzionati). Tanto meno è possibile riassumere le dense e rilevanti circostanze storiche (che includono le esperienze dei totalitarismi e l'avvento dello Stato costituzionale) che, naturalmente, sottostanno a tutti i mutamenti di sensibilità teorica in questi tempi estremi ²⁰. Tuttavia, per il fine che qui ci interessa, considero che uno dei momenti più emblematici nella discussione culturale per certi aspetti fu il passaggio dagli anni Sessanta ai Settanta, in cui nuove idee storiche, filosofiche ²¹ e, perché no, nella stessa storia del diritto, emergono dando un contributo differente nei propri rispettivi campi e, insieme a ciò (qui sta il punto che maggiormente ci interessa) un nuovo influsso riguardo alla stessa questione della diversità.

Nell'ambito filosofico, chi fornisce un contributo decisivo, a mio modo di vedere, è Michel Foucault. In gran parte erede d'intuizioni nietzschiane e di premesse strutturaliste, Foucault sarà un pensatore che acquisirà molta influenza in diversi campi del sapere, svolgendo nel suo pensiero apporti metodologici rilevanti riguardo alla questione della *diversità*.

Foucault, per esempio, analizza le configurazioni discorsive (enunciato=> discorso => episteme) in diverse epoche a partire da un modello che

²⁰ Eric Hobsbawm, *A era dos extremos: o breve século XX 1914-1991*, São Paulo, Companhia das letras, 1995.

²¹ Come mero esempio di questa nuova ambivalenza teorica, si veda il noto libro di Luc Ferry e Alain Renault, *La pensée 68: essai sur l'anti humanism contemporain*, Paris, Gallimard, 1985.

Egli, al meno negli anni Sessanta, denominava “archeologico”²². Ciò per lui significava, in primo luogo, che la discorsività in ogni momento storico è dotata di una densa materialità, che non è qualcosa di etereo e meramente astratto, ma, al contrario, qualcosa che definisce posizioni tra individui, stabilisce zone di interdizione, di privilegio, di parola e marca luoghi di potere. In secondo luogo, tale discorsività in ogni epoca, è intesa non in un senso teleologico, non in un senso di progresso, non in un senso evolutivo, ma come veri e propri strati (da qui l’ “archeologia”) che tengono, ciascuno, le proprie regole di produzione di “verità”. Ogni configurazione discorsiva, dunque, in un dato momento storico (e nel suo rispettivo contesto) produce i propri saperi e definisce i propri criteri di validazione discorsiva, conferendo il carattere di “veritiero” in accordo con i criteri epistemici in quel momento vigenti. Si può notare chiaramente che la nozione di “verità” è relativizzata e profondamente storicizzata (si parla di “politica di verità”), nello stesso tempo e che i saperi sono sempre posti *in contesto*²³. La costruzione di ciò che è “normale” in una data epoca (e negli anni 1970 le sue riflessioni sulle forme di “normalizzazione”, lo portano a tematizzare questioni come il *potere disciplinare* e la *biopolitica*) non è nient’altro che un’operazione discorsiva, messa in azione da efficaci e insidiosi dispositivi. In effetti, è per questa ragione che la teoria di Foucault tende all’analisi di temi come l’anormalità, la pazzia, la malattia, la prigionia. Le sue riflessioni finiscono per esplorare il territorio che rifugge il modello normale, certamente allo scopo di mettere in questione storicamente lo stesso tema della normalità. È per questo, in fondo, che il problema della *diversità* è così centrale nel suo pensiero. La diversità è l’indice necessario per analizzare le forme artificiali d’imposizione (per mezzo della discorsività e dei dispositivi connessi) di un modello unico, di una “normalità” che in verità è artificiale e produttrice di forme di assoggettamento. La ricerca della “normalizzazione” del mondo (nell’ambito della così detta “società disciplinare”, a partire dal secolo XVIII, per esempio) non è niente di più che una artificiosa forma di chiudere con la diversità che, essa sì, è inerente al mondo in cui vivono gli individui. Si noti dunque, come il tema della diversità, per questo autore (come per tanti altri della sua generazione), è assolutamente costitutivo e centrale.

In questo *Zeitgeist*, nell’ambito della storiografia, soprattutto dagli anni

22 Michel Foucault, *L’Archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969; tr. *A arqueologia do saber*, Rio de Janeiro, Forense universitária, 2000.

23 Michel Foucault, *A verdade e as formas jurídicas*, Rio de Janeiro, Nau, 2002.

Settanta, la diversità sembra prendere un peso crescente. È da notare, per esempio, la diagnosi di François Dosse sulla storiografia francese: da questa epoca si perde completamente quell'idea di una "storia totale" proposta da Fernand Braudel. Ciò che Dosse rileva è una grande dispersione nella storiografia, che ora si concentra in ricerche parcellizzate e specifiche, e ciò lo induce a parlare di una nuova epoca di "storia in briciole"²⁴. Di fatto, al contrario dei periodi anteriori, temi come la gioventù, l'infanzia, la morte, l'odore, la paura, le lacrime, etc. comincia a meritare analisi storiografiche specifiche e sciolte dal problema di una comprensione di tutto il contesto e del "senso generale" della storia. Non per caso, negli anni 1970 prendono grande impulso la micro-storia (in particolare in Italia), l'analisi delle mentalità, delle rappresentazioni e dell'immaginario. La grande disciplina alleata di questa storiografia, in questo momento sarà l'antropologia, che prende il posto che un tempo avevano tenuto la sociologia e la geografia. I vari metodi dell'antropologia (usati in origine per comprendere culture differenti in una stessa epoca) sono ora impiegati largamente dagli storici per analizzare culture di altri tempi. Si percepisce che studiare la differenza culturale tra popoli di una stessa epoca, non è in essenza diverso dallo studiare differenti culture in epoche distinte. È lungo questa linea che si sono mossi molti storici della portata di Emmanuel Le Roy Ladurie, Jacques Le Goff, Georges Duby, Roger Chartier, Natalie Zemon Davis, Edward Thompson, Carlo Ginzburg e Robert Darnton. Tale movimento è notato da Peter Burke che indica, con ragione, che in questo periodo si assiste a una vera e propria «scoperta dell'antropologia» da parte degli storici, che «chiamano l'attenzione al simbolismo iscritto nella vita di tutti i giorni, alle relazioni di prossimità, alla sessualità, alla politica, etc. (possiamo anche chiederci che cosa non sia simbolico per questo gruppo di studiosi, che allargano la nozione di "simbolico" fino a farlo coincidere con il "culturale")»²⁵. Riepilogando: la storiografia inizia, più di quanto aveva mai fatto, a prendere il tema dell'alterità e della differenza culturale come sua materia prima basica. La storiografia inserisce nella sua agenda il tema della *diversità*.

24 François Dosse, *A história em migalhas: dos annales à nova história*, São Paulo-Campinas, Ensaio-Ed. UNICAMP, 1992.

25 Peter Burke, *O mundo como teatro: estudos de antropologia histórica*, Lisboa, Difel, 1992, p. 2: c'è una «descoberta da antropologia» da parte degli storici che «chamaram a atenção para o simbolismo inscrito na vida de todos os dias, no parentesco, na sexualidade, na política, etc. (podemos mesmo perguntar o que é que não é simbólico para este grupo de estudiosos, que alargaram a noção de "simbólico" até fazer coincidir com o "cultural")».

Correlativamente a questo movimento nel campo della filosofia e della storia, il tema della diversità rientra anche nell'ambito giuridico, dopo essere stato praticamente proscritto, come abbiamo visto, dal mondo giuridico ottocentesco. Il finale del secolo XIX e l'inizio del secolo XX sono momenti di crisi profonda nel diritto. Paolo Grossi, per esempio, identifica tale periodo esattamente come il tempo della crisi acuta della modernità giuridica ²⁶ con chiari segnali di crisi del modello di giuridicità liberale ottocentesco. Si viene disfaccendo la convinzione nel carattere monolitico ed esaustivo della legalità, che inizia a mostrare con maggior chiarezza i suoi limiti. Il carattere chiuso del sistema di diritto privato codificato, reclama aperture che siano adatte a rispondere alle sfide di un'epoca più complessa: l'avvento del "diritto comparato" (Saleylles, Lambert), l'inserimento del problema dell'interpretazione (Gény), i mutamenti nel tema della responsabilità civile ²⁷ e l'introduzione nello stesso sistema codificato delle cosiddette clausole generali, sono indici chiari di trasformazioni importanti che vengono occurring in tale tempo di crisi. Già nel diritto pubblico, Santi Romano diagnostica la crisi dello Stato moderno e del suo monopolio giuridico. La costituzione messicana (1917) e di Weimar (1919) introducono nuovi temi e ridisegnano in modo importante alcuni temi (come il lavoro, la proprietà, per esempio), lasciando apparentemente indietro il rigido modello monistico, che teneva come capisaldi, l'autonomia della volontà privata, la proprietà privata, e lo stretto legalismo.

Dopo l'esperienza totalitaria ²⁸ (qui la sintesi ci impedisce di rendere la complessità di processo tortuoso e ricco di sfumature), sorge nel secondo dopoguerra l'esperienza dello Stato costituzionale. Tale nuova esperienza, erigendo la Costituzione a protagonista del sistema, stabilendo criteri di controllo di costituzionalità della legge e delimitando alcuni temi (i diritti e le garanzie fondamentali) come indisponibili alle modifiche anche da parte della maggioranza, finisce per inserire nel proprio sistema giuridico e politico una logica i principii e un congiunto di valori complessi. Lo Stato e il suo

²⁶ Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3ª ed. Milano, Giuffrè, 2007.

²⁷ Giovanni Cazzetta, *O preço da tranquilidade: ordem jurídica e injustiça do dano*, in Ricardo Marcelo Fonseca (org.), *As formas do direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*, Curitiba, Juruá, 2013; Marco Sabbioneti, *Da culpa ao risco: as metamorfoses do ilícito civil na França da Belle Époque entre Pouvoir Prétorien e produção sapiencial do direito* (texto apresentado no VII Congresso brasileiro de história do direito, inédito), 2014.

²⁸ Pietro Costa, *Civitas: storia della cittadinanza in Europa. II. L'età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

ordinamento giuridico, in tale nuovo momento deve rispettare la pluralità, convivere con essa.

Il sistema giuridico, in altre parole, avrà come uno dei suoi vettori principali il compito di rendere compatibile un consesso sociale caratterizzato essenzialmente dalla complessità e dalla molteplicità. Non a caso la Costituzione brasiliana del 1988, esempio di molte altre, colloca come fondamento della Repubblica il pluralismo politico (art. 1, comma V). Allo stesso modo la Costituzione italiana riconosce il pluralismo delle formazioni sociali (art. 2), delle minoranze linguistiche (art. 6), delle associazioni (art. 18), etc. In casi ancora più eloquenti sempre ricordati nel costituzionalismo latino-americano, abbiamo ora il caso delle Costituzioni multietniche e pluriculturali (come il caso della Bolivia)²⁹, che cercano di comprendere nello stesso documento giuridico la immensa diversità culturale ed etnica di quelle società. Tutto questo, non è necessario ricordarlo, culmina effettivamente in una fase storica (già con la fine del secolo XX) di ampi scambi e confronti tra culture, mercati, società (la cosiddetta età della globalizzazione), accompagnata non raramente da tentativi di unificazione di grandi spazi politici ed economici (Europa, America del sud) che precedentemente erano definiti essenzialmente con il concetto di Stato nazione. Le nuove sistemazioni politiche e giuridiche, a quanto pare, pretendono di rendere compatibili e far convivere le diversità.

Ciò che si vuol dire è che in tale nuova fase storica, maturata soprattutto nella seconda metà del secolo XX e che mostra grandi riflessi nella contempo-

29 Ecco il testo degli articoli 1 171 della Costituzione boliviana:

«Art. 1. Bolivia, libre, independiente y soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, multiétnica y pluricultural, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos».

«Art. 171. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la Ley los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las funciones de los Poderes del Estado».

ranità, si reintroduce il tema della *diversità*. Non senza una certa tensione, tuttavia e anche con certi paradossi: infatti – nonostante il fatto che l’ambiente politico tenga ancora come premessa basilare l’esistenza di Stati nazione e che il diritto derivi in gran parte dai modelli moderni messi in azione nel secolo XIX (legalità, sovranità, tripartizione dei poteri, ecc.) – tale ambiente e tale modello devono necessariamente funzionare in modo permeabile, flessibile e aderente a una realtà sociale complessa, che non accetta più di essere ridotta a una logica unica ed esclusiva. In altri termini il modello borghese, concepito per essere il luogo di applicazione univoca di un modello razionale e per essere l’ambiente di pianificazione, di modellamento e “di riduzione ad uno”, deve ora funzionare come uno spazio di pluralismo, come uno spazio che sia permeabile ai molti valori circolanti, come uno spazio che accolga a braccia aperte la *diversità*. Da qui la prova a cui ci sottopone l’età contemporanea: fare funzionare queste sfide, non importa se sulle medesime basi create in un altro contesto e elaborate per rispondere ad esigenze di una altra epoca. Rendere compatibili la vecchie strutture con le nuove funzioni.

5. *A mo’ di conclusione: la storia del diritto e la diversità*

Concludo come ho cominciato: affermando che la relazione complessa tra diritto e diversità – tanto articolata e tanto diseguale a dipendere dall’esperienza giuridica passata che si considera – trova nello storico del diritto un osservatore privilegiato. Tale tema è, tipicamente, di quelli che non possono essere trattati in modo astratto e idealizzato; è di quelli che acquistano senso solo quando si connettono ad una concretezza storica e si riferiscono a un determinato contesto.

Chiaro che tale analisi storico-giuridica, per sé stessa non risolve la questione e nemmeno è garanzia che lo stesso tema della diversità sia eventualmente trattato in modo inappropriato. Come sappiamo, in fondo, la storiografia giuridica può, essa stessa, assumere percorsi molto differenti e, nel caso, anche contraddittori. Un approccio “storico-positivista” – che riflette una concezione meramente fattuale, lineare e teleologica del divenire giuridico – sicuramente annichilirebbe la possibilità di un’analisi adeguata di un tema come la diversità.

Per questo concludo con tale notazione, che in una certa misura è un esercizio metalinguistico: apparentemente la storia del diritto sarà tanto più

capace di affrontare il tema della complessa relazione tra diversità e diritto, quanto più essa stessa, al suo interno delle sue proprie analisi, sia capace di captare la radicale alterità tra contesti storici ed esperienze giuridiche passate. Vale a dire: quanto più la storia del diritto si faccia capace di riconoscere nel passato la sua profonda alterità, quanto più potrà percepire nella sua radicalità la diversità esistente nel proprio passato in relazione al presente, tanto più sarà capace, essa stessa, di considerare il tema della diversità. Al contrario, quanto più la storiografia giuridica sarà orientata solamente ad una unica logica, quanto più essa assumerà un formato lineare che vede nel passato del diritto una “attualità non ancora avveratasi”, quanto più essa indugerà nell’anacronismo (lo considero con Lucien Febvre il grande peccato dello storico) e risulterà contaminata dal “presentismo”, tanto più il riconoscimento e la comprensione del tema della diversità resterà distante.

Esempi eloquenti di come farlo, in termini metodologici, non ci mancano: dalla convinzione che lo storico del diritto tenga come missione l’essere coscienza critica degli altri giuristi, per il fatto di essere capace di vedere il punto che compone la linea ³⁰, passando per le intuizioni sull’assoluta necessità di combattere il “presentismo” nell’approccio della politica (lo “statualismo”) e nell’insistenza di evitare una rappresentazione del presente come risultato logico progressivo dell’esperienza storica ³¹, o considerando la ricchezza dell’alterità presente in un approccio ermeneutico alla storia giuridica ³², arrivando all’avvio di un approccio della disciplina in termini non strettamente europei ³³. Parodiando un filosofo del secolo XIX, a partire da qui certamente la disciplina potrà produrre interessanti ricette per i caldai del futuro.

³⁰ Paolo Grossi, *O direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

³¹ António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, Coimbra, Almedina, 2012.

³² Pietro Costa, *Civitas: storia della cittadinanza in Europa. II. L’età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

³³ Thomas Duve (Ed.), *Entanglements in Legal History: conceptual approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for european legal history, 2014.

Bibliografia

- Anzoátegui Victor Táu, *Que fue el derecho indiano*, 2^a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982;
- Ascheri Mario, *Introduzione storica al diritto medievale*, Torino, Giappichelli, 2007;
- Burke, Peter, *O mundo como teatro: estudos de antropologia histórica*, Lisboa, Difel, 1992;.
- Calasso Francesco, *Medio Evo del diritto. I – Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 1954;
- Calasso Francesco, *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1970;
- Cappellini Paolo, *Storia del diritto moderno: tre saggi*, Milano, Giuffrè, 2003;
- Cappellini Paolo, *Storie di concetti giuridici*. Torino, Giappichelli, 2010;
- Cappellini Paolo e Sordi Bernardo (a cura di), *Codici: una riflessione fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002;
- Caroni Pio, *Statutum et silentium. Viaggio nell'entourage silenzioso del diritto statutario*, «Archivio storico ticinese», 118, 1995, pp. 129-160;
- Caroni Pio, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998;
- Carvalho José Murilo de, *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*, São Paulo, Companhia das Letras, 1987;
- Cavanna Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa. I – Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1892;
- Cazzetta, Giovanni, *Codice civile e identità giuridica nazionale: percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2011;
- Cazzetta Giovanni, *O preço da tranquilidade: ordem jurídica e injustiça do dano*, in Ricardo Marcelo Fonseca (org.), *As formas do direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*, Curitiba, Juruá, 2013;
- Clavero Bartolomé, *Historia del derecho: derecho común*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 1994;
- Conte Emanuele, *Diritto comune*, Bologna, Il Mulino, 2009;

- Cortese Ennio, *Il rinascimento giuridico medievale*. 2^a ed. Roma, Bulzoni editore, 1996;
- Costa Pietro 'Ius commune', 'ius proprium', 'interpretatio doctorum': ipotesi per una discussione, in Aquilino Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comu i Catalunya*, Barcelona, Fundació Noguera, 1995, pp. 29-42;
- Costa Pietro "Così lontano, così vicino": *Il comune medievale e la sua autonomia*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 43, 2014, pp. 689-782;
- Costa Pietro, *Civitas: storia della cittadinanza in Europa. II. L'età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000;
- Costa Pietro, *Civitas: storia della cittadinanza in Europa. IV. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002;
- Costa Pietro, *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*, Curitiba, Juruá, 2010;
- Dosse François, *A história em migalhas: dos annales à nova história*, São Paulo-Campinas, Ensaio-Ed. UNICAMP, 1992;
- Duve Thomas (ed.), *Entanglements in Legal History: conceptual approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for european legal history, 2014;
- Ferry Luc e Renault Alain, *La pensée 68: essai sur l'anti humanism contemporain*, Paris, Gallimard, 1985;
- Fioravanti Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, 2^a ed. Torino, Giappichelli, 2014;
- Fonseca Ricardo Marcelo, *Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo*, in Bernardo Sordi (a cura di), *Storia e diritto: esperienze a confronto (Firenze, 18-19 ottobre 2012)*, Milano, Giuffrè, 2013;
- Fonseca Ricardo Marcelo, *La cultura jurídica brasileña del siglo XIX entre hibridismos y tensiones en la tutela de los derechos: algunas hipótesis de trabajo*, «Forum historiae iuris», 2014 (<http://www.forhistiur.de/en/2014-08-fonseca/?l=es>);
- Foucault Michel, *L'Archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969; tr. *A arqueologia do saber*, Rio de Janeiro, Forense universitária, 2000;
- Foucault Michel, *A verdade e as formas jurídicas*, Rio de Janeiro, Nau, 2002;
- Grossi Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995;

- Grossi Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998;
- Grossi Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3ª ed. Milano, Giuffrè, 2007;
- Grossi Paolo, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007;
- Grossi Paolo, *O direito entre poder e ordenamento*, Belo Horizonte, Del Rey, 2010;
- Hespanha António Manuel, *Por que é que existe e no que consiste um direito colonial brasileiro*, «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 35, I, 2006;
- Hespanha António Manuel, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, Coimbra, Almedina, 2012;
- Hobsbawm Eric, *A era dos extremos: o breve século XX 1914-1991*, São Paulo, Companhia das letras, 1995;
- Marx Karl, *Zur Judenfrage*, Deutsch-Französische Jahrbücher, Paris, 1844; tr. *A questão judaica*. 2ª ed. São Paulo, ed. Moraes, 1991.
- Meccarelli Massimo, *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridico in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998;
- Meccarelli Massimo, *The Autonomy of Law and the Statutes of the Cities in the Legal Order of the Late Middle Ages* in Željko Radić, Marko Trogrlić, Massimo Meccarelli i Ludwig Steindorff (Eds.), *Splitski Statut iz 1312. Godine: povijest i pravo*, Split, Književni Kurg, 2015, pp. 41-52;
- Pereira Luis Fernando Lopes, *O império português: a centralidade do concelho e da cidade, espaço da cultura jurídica*, in Ricardo Marcelo Fonseca (org.), *As formas do direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*, Curitiba, Juruá, 2013;
- Sabbioneti Marco, *Da culpa ao risco: as metamorfoses do ilícito civil na França da Belle Époque entre Pouvoir Prétorien e produção sapiencial do direito* (texto apresentado no VII Congresso brasileiro de história do direito, inédito), 2014;
- Santarelli Umberto, *“Ius commune” e “iura propria”: strumenti teorici per l'analisi di un sistema*, (1989), ora in Id., *Ubi societas ibi ius. Scritti di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 515-527;
- Sevcenko Nicolau, *A revolta da vacina*, São Paulo, Cosac Naify, 2010.

LOS RECLAMOS INDÍGENAS Y LA PRAXIS JUDICIAL: COMENTARIOS SOBRE LA PERMEABILIDAD DE LOS JUECES EN ARGENTINA

Pamela Alejandra Cacciavillani

1. Introducción

Frente a un contexto global caracterizado por la existencia de sociedades culturalmente diversas, la desigual y diversa realidad latinoamericana se presenta como un espacio de análisis inevitable, por no decir obligatorio, para cualquier tentativa de trabajo que pretenda abordar temas relacionados con el reconocimiento y protección jurídica de la diversidad cultural.

Desde diversas disciplinas, entre ellas la Historia del Derecho, se plantean algunos enfoques con relación a la diversidad y la administración de justicia. En estos contextos, se establecen diversos interrogantes que indagan acerca del desafío que implica para la administración de justicia los conflictos entre diversos grupos culturales. Estas preguntas rozan las diferentes aristas del problema y abordan temas que van desde la exclusión cultural en la administración de justicia hasta la dimensión procesal, tanto a un nivel nacional como internacional¹.

La línea de investigación que plantea este trabajo intenta analizar cuán permeables son los jueces a una forma diversa de propiedad, me refiero a la propiedad comunitaria de los pueblos originarios. A los fines de explorar este interrogante, este trabajo considera necesaria una previa reflexión histórico-

1 Estas reflexiones pueden encontrarse en Thomas Duve, *Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen-rechtshistorische Annäherungen, Einführung in der Ringvorlesung des LOEWE-Scherspunkts*. «Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung». WS 2013/2014, FB 01 Rechtswissenschaft der Goethe Universität. Disponible en <<http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/29166>>. Sobre el derecho procesal ver: Juan Manuel, Salgado *Cómo la práctica procesal anula los derechos indígenas*, en Helena Olea Rodríguez (Coord) *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la Discusión*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2013, pp.51-67; y Eduardo Hualpa y Silvina Ramírez, *Cuando los derechos indígenas pueden más que los obstáculos procesales*, LLLitoral, 2013. Accesible online: (mayo) 01/05/2013, 367, <http://www.funpat3mil.com.ar/documentos/derechos_indigenas> último acceso marzo 2016.

jurídica sobre la construcción de la propiedad en el régimen jurídico argentino. El objetivo de esta exploración, es descubrir si existe algún tipo de relación entre la forma en que el dominio ha sido regulado en el régimen jurídico argentino y la permeabilidad de los jueces hacia otras formas de propiedad.

Es importante advertir que este capítulo no pretende agotar, ni exponer los resultados definitivos sobre la temática. Por el contrario, la finalidad de este trabajo consiste en presentar una propuesta de análisis basada en la permeabilidad de los jueces y su relación con la construcción histórico-jurídica de una categoría, en este caso la propiedad.

Para cumplir estos objetivos, analizaré algunos aspectos del proceso de conformación de la propiedad en Argentina. Para luego desarrollar algunas ideas sobre la permeabilidad como herramienta de análisis. En este punto, haré referencia a diferentes investigaciones que han trabajado esta idea en el campo del Derecho.

Por último, ambas ideas actuarán como guías para el análisis del reclamo de la Comunidad aborigen de Quera y Agua Caliente-Pueblo Cochinoca. Específicamente trabajaré con la sentencia dictada por los vocales de la Sala Primera de la Cámara en lo Civil y Comercial de la provincia de Jujuy, el 14 de septiembre del año 2001.

2. La instancia judicial como espacio de visualización

Reflexionar sobre la instancia judicial como un espacio de visualización, y específicamente para el tema de la diversidad, requiere de algunas aclaraciones. Cuando se hace referencia a esta idea, se hace alusión a una acción específica que es visualizar. Esta acción consiste en hacer visible aquello que no puede verse a simple vista.

Considerar la instancia judicial como un espacio de visualización me permite trabajar con ciertas realidades que si bien en un momento se tornaron invisibles para los ojos del legislador, encontraron recientemente, y en algunos casos, en el espacio judicial la posibilidad de hacerse visibles ante los ojos de los jueces². En este trabajo analizaré un tipo específico

2 Este enfoque no desconoce las consecuencias negativas que importa para las comunidades indígenas la instancia judicial. Como lo señala Ramírez, «en ocasiones el Estado utiliza sus instancias judiciales para “criminalizar” a los Pueblos indígenas, lo cual implica no sólo desconocimiento de sus derechos. Uno de sus efectos principales es “el cas-

de invisibilización jurídico-positiva: la propiedad de los pueblos originarios³.

A los fines de desarrollar esta idea, considero oportuno comenzar con una referencia sobre el rol que desempeñan los jueces. Dentro del Estado de derecho, el papel del Poder Judicial puede ser entendido a partir de su función de garante de los derechos de los ciudadanos. Teniendo en cuenta, por un lado el rol de garante del Poder Judicial y por otro las implicancias del avance del Estado constitucional⁴ relacionadas con el desarrollo y aumento de prácticas argumentativas extensibles a los diversos órganos públicos, resulta lógico que se generen interrogantes sobre cómo los jueces han abordado la exigencia de un incremento cuantitativo y cualitativo de la justificación de sus decisiones.

Extender esta pregunta hacia el ámbito de la diversidad cultural, específicamente hacia la temática indígena es uno de los fines de este trabajo. En este contexto existen diferentes investigaciones que analizan la forma de interpretación y argumentación de los magistrados en conflictos multi-

tigo” por reclamar legítimamente su protección». Silvina Ramírez, *Matriz Constitucional, Estado Intercultural y Pueblos Indígenas de Argentina, Conformación de un nuevo Estado a partir del Reconocimiento del Derecho de los Pueblos Indígenas* Tesis de Doctorado presentada en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, Director Dr. Roberto Gargarella, fecha de defensa 14 de abril de 2014, p. 284. A pesar de estas desventajas, en un escenario en el que los reconocimientos normativos no son acompañados por políticas públicas el Poder Judicial, en su rol de garante, se transforma en la esfera estatal capaz de brindar una protección a las demandas de las comunidades.

3 En este sentido, quiero advertir que esta invisibilización solo será abordada en un ámbito específico del Derecho, en el derecho positivo. Centrar mi atención en los instrumentos positivos no significa tomar partido de una posición ideológica sobre el Derecho sino simplemente consiste en una elección metodológica.

4 Una interesante reflexión sobre el Estado constitucional y la argumentación jurídica es la propuesta por Manuel Atienza: «El Estado constitucional se contrapone así al Estado legislativo, puesto que ahora el poder del legislador es un poder limitado [...] No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido». Es así como el autor advierte que «es bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya sido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos» Manuel Atienza, *Argumentación jurídica y estado Constitucional* en Pablo Miravet Bergón e María José Añón (coords.) *Derechos, justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet*, Tirant lo Blanch, València, 3/2005, pp. 25-34.

culturales⁵. Específicamente para la temática de este trabajo existe un interesante estudio sobre el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Los autores advierten que en relación a los reclamos indígenas «la inexistencia actual de un mecanismo jurídico específico para canalizar este tipo de reclamos deja librada a la discrecionalidad particular de los jueces la elección de la forma legal».⁶ Este vacío de forma, sumado a la falta de precisión del contenido de los derechos indígenas genera consecuencias negativas, no solo en la cúspide sino también en todo el aparato de administración de justicia.

No obstante el protagonismo evidente de las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales dentro del sistema de administración de justicia, este trabajo plantea como observatorio una instancia provincial⁷. Este enfoque local se justifica a partir de la diversa realidad procesal que albergan los espacios provinciales, es importante mencionar que en Argentina las provincias gozan de la capacidad de organizar su Poder Judicial y de dictar su legislación procesal. Otro aspecto que refuerza una mirada local es el específico rol de los jueces de instancias inferiores, ya que son los primeros en tomar contacto con las pretensiones de las partes. Si se considera la situación de los grupos para los que el acceso a la justicia se vuelve un reto (mujeres, niños, indígenas),

5 En esta línea un interesante trabajo es el de André J. Hoekema, *Conflictos multiculturales y jueces nacionales: una visión general*, «THEMIS Revista de Derecho», 57, 2009 pp. 19-32.

6 Silvina Zimmerman; Facundo Capurro Robles y Mishkila Rojas, *El tratamiento judicial de los reclamos indígenas: El rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, «Revista Electrónica del Instituto de investigaciones Ambrosio L. Gioja» III, 4, 2009, p. 139. En este artículo los actores indagan sobre el proceso de interpretación llevado a cabo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, logrando identificar las herramientas hermenéuticas utilizadas por los magistrados, y concomitantemente ofrecen algunas alternativas de actuación coherente con los contenidos y principios constitucionales. Teniendo en cuenta el rol que juegan las interpretaciones de la Corte respecto a los tribunales inferiores, el artículo ilustra dos aspectos sumamente interesantes. Por un lado, da cuenta de que el máximo tribunal no ha establecido la extensión y el alcance de este tipo de derechos, y por el otro, advierte las repercusiones de esta situación en los tribunales inferiores.

7 Con relación a este punto, quisiera advertir a los lectores algunas de las desventajas que presentan los fueros locales. Específicamente, quisiera hacer referencia al acceso a las sentencias. Si bien el objetivo de este trabajo es centrar la atención en la primera instancia, debido a que este trabajo fue realizado durante mi estadía de investigación en Alemania solo he podido tener acceso a una sentencia de Cámara.

una mirada hacia el fuero local permitirá tomar contacto, quizás, con la única instancia de judicialización de un conflicto.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, en este primer punto intentaré comprender la forma en la que el sistema jurídico argentino ha regulado la propiedad de los pueblos indígenas, durante este recorrido dos horizontes serán perceptibles: por un lado la invisibilización de la propiedad comunal indígena durante la segunda mitad del siglo XIX y gran parte del siglo XX, y por otro lado el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena en el texto constitucional a partir de año 1994⁸.

En este apartado consideraré al reconocimiento constitucional como una condición objetiva de posibilidad⁹ que explica, en parte, la visibilización que adquirió este tema en el espacio judicial.

Una idea estará presente a lo largo de este recorrido: este tipo de propiedad, la reclamada por los pueblos originarios, ha diferido y difiere del modelo consagrado en el Código Civil¹⁰ y la doctrina civilista. O sea, la idea de una

8 Propiedad comunal fue una de las formas con las que se designó este tipo de propiedad durante la segunda mitad del siglo XIX y parte del siglo XX. Mientras que la terminología propiedad comunitaria se desarrolla principalmente a partir del marco regulatorio del convenio 169 de la OIT y luego a través de la reforma constitucional de 1994.

9 Este trabajo no tiene como objetivo realizar un estudio exhaustivo de los dos horizontes de análisis. No obstante me gustaría establecer algunos interrogantes. En un confín jurídico completamente diverso al actual y sin un reconocimiento como el Art. 75 inc.17 los indígenas presentaron, incluso desde tiempos coloniales, reclamos sobre propiedad ante las autoridades. En este escenario, me pregunto por la relación entre la forma en que el régimen jurídico de la propiedad ha sido construido y la judicialización de reclamos sobre este derecho por parte de las comunidades indígenas. En este contexto surgen dos vías de interpretación: a) estos reclamos se pueden comprender a partir de un vacío legislativo, en el sentido que a falta de una regulación normativa se solicita un reconocimiento ante el Poder Judicial, o b) teniendo como base normas, que regulan el derecho reclamado, el conflicto llega a sede judicial en búsqueda de eficacia. En esta dirección, existe una investigación que propone demostrar, a través del estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y no mediante el régimen jurídico de la propiedad, el tratamiento que recibió el indígena. Las autoras «dejan sentado el claro contraste que se observa entre la jurisprudencia del siglo XIX y comienzos del XX, con las postrimerías de éste último y comienzos del siglo XXI, no sólo en cuanto a su fundamentación jurídica, sino también filosófica». Ver Iturbide Gabriela y Abreut Liliana, *Jurisprudencia de la Corte Suprema relacionada con la problemática indígena. Período 1863-1930*, «La Ley Online», 2005, documento 324, Argentina, p. 23.

10 Esta investigación analizará el primer Código Civil argentino, sancionado el 25

propiedad comunal o comunitaria remite a uno o varios modos diversos de gestionar la propiedad.

Para trabajar con la noción de diversidad pondré mi atención en una interesante reflexión de Clifford Geertz¹¹, quien señaló en una de sus conferencias que no se debe pensar la diversidad como espacios sociales con lindes definitivos, ya que la realidad se presenta como un *collage*. Teniendo en cuenta los objetivos del trabajo me pregunto: ¿Puedo aplicar la idea de la diversidad como *collage* para analizar algunos instrumentos jurídicos positivos que regulan o han regulado la propiedad?

Para responder este interrogante, contemplé algunos de los instrumentos más influyentes en la construcción del régimen jurídico de la propiedad y advertí que esta metáfora no resulta adecuada. Los textos jurídicos que han regulado y en algunos casos regulan aspectos relacionados con la propiedad se han construido, y se construyen en algunos casos, antagónicamente como un *décollage*. Esto significa, crear una imagen (sistema legal) a partir del corte o eliminación de los elementos que componen la figura original (realidad).

Para comprender cómo se fue elaborando este *décollage* normativo, específicamente para este caso, el análisis histórico jurídico de la conformación del régimen de la propiedad se presenta como una herramienta idónea. Desde esta perspectiva, se advierte que cuando uno recorre desde la mitad del siglo XIX en adelante, algunos de los textos normativos de alcance nacional o provincial, en materia de propiedad la imagen reinante es el ocaso de la diversidad.

Este crepúsculo puede, en parte, explicarse a partir de las técnicas legislativas adoptadas durante la elaboración de los textos jurídicos a finales del siglo XIX. En este período, la concepción decimonónica del derecho y su

de septiembre de 1869 y puesto en vigencia a partir del 1 de enero de 1871. Esta aclaración es necesaria debido a que en la actualidad el mencionado Código, junto con el de Comercio, han sido derogados por la ley N°26994. Esta ley, aprobó el texto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual se encuentra vigente desde el 1 de agosto de 2015. Sobre el proceso de unificación de ambos cuerpos legales, específicamente sobre el proyecto que intentó regular la propiedad comunal indígena, como un derecho real, se hará referencia en las próximas páginas.

11 Clifford Geertz, *The Uses of Diversity*. In *Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 7. Ed. Sterling M. McMurrin, Cambridge and Salt Lake City, Cambridge University Press and University of Utah Press, 1986; tr. *Los usos de la diversidad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1996, pp. 67 ss.

noción de ley fueron algunas de las herramientas con las que el legislador fue dando forma a este *decollage* normativo¹².

Por ejemplo, de la observación y examen del Código Civil¹³ argentino, uno de los instrumentos claves para la regulación de la propiedad, surgen algunas pautas que permiten comprender cuáles fueron las claves que contribuyeron a este proceso. Una especial operación intelectual jugó aquí un rol fundamental, me refiero a la abstracción. A partir de esta técnica ciertos aspectos de la realidad se consideraron «superiores y constantes y por consiguientes más representativos de otros»¹⁴.

Este tipo de operación puede ser observada a lo largo de la construcción del derecho de dominio. Partiendo de su regulación como derecho real, una serie de caracteres como la exclusividad¹⁵, su carácter absoluto y perpetui-

12 En este contexto la ley se definió desde una perspectiva formal que remitía necesariamente al órgano competente para su sanción y su procedimiento, y no a criterios de justicia. La igualdad, como condición de la pretendida generalidad de la ley, que predicó este orden se opuso a un régimen construido en base a diferencias, que reinaban tanto en la conformación del cuerpo social, como en lo político territorial. Con miras a consagrar la pretendida igualdad del nuevo orden jurídico, los juristas utilizaron un recurso intelectual que les permitió consagrar una igualdad formal, este fue la abstracción.

13 El código fue obra del graduado en las aulas de la *Universitas Cordubensis Tucumanae*, Dalmacio Vélez Sarsfield, quien se nutrió de las fuentes representativas del derecho científico de la época. El Derecho Ibérico y el Esbozo de Teixeira de Freitas, fueron sumamente útiles para llevar a cabo la tarea codificadora. La conciliación del Derecho científico, con el Derecho histórico y las costumbres nacionales, fue la nota distintiva que permitió consagrar al Código dentro de la postura ecléctica. A lo largo de su articulado puede apreciarse la consideración de la ciencia tanto alemana y francesa (Savigny, Zachariae, Aubry y Rau). El Código fue el resultado de la conjunción de tres factores, el Derecho vigente, las reformas que demandaba la realidad del momento, y las soluciones destinadas a satisfacerlas. Vélez Sarsfield nunca se apartó de la tradición jurídica del Derecho común. No obstante la confirmación del Derecho castellano-indiano (histórico), y las innovaciones que realizó basadas en las modernas fuentes doctrinales y legales, son ostensibles las numerosas citas de textos romanos que efectuó el codificador a lo largo del articulado. No obstante el arduo y profesional trabajo de nuestro codificador, su obra fue objeto de críticas por parte de Juan Bautista Alberdi. El principal ideólogo de la Constitución de la República Argentina de 1853, en una de sus críticas, remarcó la incompatibilidad de un Código centralista y unitario, en un país formados por varios Estados provinciales.

14 Pio Caroni, *Escritos sobre la Codificación*, Madrid, Dykinson, p. 112.

15 Art. 2508 «El dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarios en común de la misma cosa por la parte que cada uno pueda tener».

dad¹⁶, fueron considerados superiores y representativos del modelo de propiedad elegido por el codificador. Consecuentemente, toda forma de gestión que no respondía al modelo consagrado entró en colisión. La incompatibilidad entre el modelo del Código y el sistema de gestión de la propiedad de las comunidades indígenas puede verse en un fallo de la Corte Suprema en 1929, cuando los magistrados manifiestan que «El espíritu de nuestra legislación es contrario a la indivisión forzosa y permanente».¹⁷

Frente a esta tensión, en algunos casos, el mismo Código reguló la situación de ciertos derechos existentes con anterioridad a él, como por ejemplo los censos, el derecho de superficie y el de enfiteusis¹⁸. Pero en otros casos, como la propiedad de los indígenas, el Código guardó silencio, un silencio que invisibilizó una realidad existente¹⁹. En otros términos, en un plano jurídico positivo, se produjo una suerte de ocaso de la diversidad²⁰.

No obstante la omisión del codificador, en los ámbitos provinciales la propiedad de las comunidades indígenas era una realidad visible. En los territorios provinciales se dictaron diferentes leyes, decretos e incluso discursos que

16 Art.2510 «El dominio es perpetuo, y subsiste independiente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no dejar de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje de poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción».

17 Fallo de la Suprema Corte del 09/09/1929. CausaT155-303, «Lorenzo Guari y otros c. Provincia de Jujuy; s/reivindicación», Disponible en la Sección de Jurisprudencia Nacional del Sitio Web de la asociación de Abogados/as de Derecho Indígena, <http://derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/doc_download/95-scjn-don-lorenzo-guari-y-otros-contra-la-provincia-de-jujuy-s-reivindicacion>, marzo 2016.

18 Art. 2614 «Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponer censos, ni rentas que se extiendan a mayor termino que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer el ellos vinculación alguna».

19 Este silencio es mencionado en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, «Lorenzo Guari y otros c. Provincia de Jujuy», cit. «porque en nuestro régimen civil no se reconoce otra propiedad comunaria que la que se constituye por contrato, por actos de última voluntad, o por precepto legal (Art. 2675 del Código Civil) y ninguna ley ha consagrado esa condición en las tierras litigadas. [...]», p. 7.

20 La Constitución de la confederación Argentina de 1853 con relación al indígena estableció en su Art.64 inc. 17 «Atribuciones del Congreso [...] Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacifico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo».

constatan la existencia de este tipo de propiedad. Pero, no obstante el hecho de que en los espacios provinciales la propiedad indígena fuera objeto de regulación, la finalidad de estas disposiciones fue principalmente su extinción²¹.

En Córdoba el gobernador Miguel Juárez Celmán, con motivo de la apertura de las sesiones legislativas del año 1881 manifestó: Pronto tendré ocasión de presentar un proyecto para la abolición de todas las comunidades indígenas de la provincia. Como sabéis existen cerca de 40 comunidades y aparecen en nuestro territorio como cuarenta estanques donde se ha refugiado la vida primitiva con su inercia característica, para no participar de la corriente y del movimiento que agita a la actividad humana estimulada por el sentimiento de la propiedad individual²².

Asistimos a un singular escenario en el que a medida que se deconstruye este tipo de propiedad, el derecho de dominio privado va robusteciéndose, tanto a nivel nacional como local, mediante el amparo constitucional²³, su

21 En la provincia de Córdoba una serie de disposiciones fueron dictadas a los fines de extinguir este tipo de dominio, como por ejemplo: Ley por la que se establecer medir las tierras ocupadas con las comunidades indígenas, diciembre 22 de 1881. Ley por la que se establece la división de los terrenos ocupados por las comunidades indígenas en el territorio de la provincia 28 de octubre de 1885. Decreto del gobernador Gregorio Gavier por el que se comisiona al doctor Alejandro Vieyra para expropiar los terrenos de las comunidades indígenas, noviembre 16 de 1885. Decreto del gobernador José Echenique por el que se ordena la mensura y división de los terrenos de las comunidades indígenas de Soto y San Marcos, abril 18 de 1888. Ver: Carmina Brussa, Victoria Cánovas y Carolina Prosdócimo, *La Tierra y el Mundo Agrario através de su legislación: La Provincia de Córdoba en el siglo XIX*. Córdoba, Centro de Estudios Históricos Carlos S. A. Segreti, 2001. Sobre la realidad provincial puede consultarse: Carlos J. Díaz Remetería, *Supervivencia y disolución de la comunidad de bienes indígena en la Argentina del siglo XIX*, «Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”», 30, 1995, pp. 11-39; María Cristina Boixadós, *Expropiación de tierras comunales indígenas en la provincia de Córdoba a fines del siglo XIX. El caso del pueblo de La Toma*, «Cuadernos de Historia Serie Economía Sociedad», 2, 1999, pp. 87-113; Cecilia Fandos Cecilia y Ana Teruel, *Procesos de privatización y desarticulación de tierras indígenas en el norte de Argentina en el siglo XIX*, «Revista Complutense de Historia América», 2009, 35, pp. 233-255. Sonia Tell, *Títulos y derechos coloniales a la tierra en los pueblos de indios de Córdoba. Una aproximación desde las fuentes del siglo XIX*, «Bibliografía Americana - Revista Interdisciplinaria de Estudios Coloniales», 7, diciembre 2011, pp. 200-221.

22 El fragmento del mensaje citado ha sido obtenido del trabajo de Ana Inés Ferreyra, *Mensaje de los gobernadores de Córdoba a la legislatura*, Centro de Estudios Históricos, Serie Documental, Número VIII, tomo III 1871-1885, Córdoba, 1997, p. 50.

23 Art. 16 de la Constitución de la Nación Argentina, «La Constitución garantiza los

regulación en el Código Civil y disposiciones locales. Si partimos de una invisibilización legislativa de la diversidad, cómo es que arribamos a una visibilización judicial?²⁴

No obstante la forma en que se fue construyendo el sistema jurídico, a partir de finales del siglo XX Argentina, como otros países latinoamericanos, ha sido el escenario de un ciclo de reformas constitucionales que, con distintos matices, ha alterado este *decollage* normativo. Desde el texto constitucional de 1994 hasta el reciente Código Procesal Penal de Neuquén existen en Argentina una serie de productos jurídicos²⁵ que desmitifican la abstracción jurídica reconociendo la existencia de una sociedad multicultural, conformada a partir de diversos grupos.

Este accionar debe ser comprendido dentro de un contexto internacional de especificación de derechos fundamentales, que como bien lo describe Luciana Álvarez « consiste en el paso de una consideración genérica, abstracta del titular de los derechos: la persona humana, hacia la determinación pormenorizada de los titulares, en función de distintas características: el género, consideraciones físicas como la edad, las capacidades diferenciales, la identidad cultural»²⁶.

siguientes derechos a todos los habitantes de la Confederación, sean naturales o extranjeros [...] De disponer de sus propiedades de todo género y en toda forma». Art. 18: «La propiedad es inviolable. Nadie puede ser privado de ella en virtud de la ley o de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada».

24 Con este interrogante no pretendo desconocer la gran litigiosidad por tierras indígenas a fines del siglo XIX y durante gran parte del siglo XX. Por el contrario, con esta pregunta quiero hacer referencia a una visibilización judicial que tiene como base un reconocimiento estatal de la propiedad comunitaria indígena.

25 Para el caso argentino, un interesante punto de partida es el texto resultante de la última reforma constitucional, ya que a partir de entonces un importante número de tratados y declaraciones de derechos humanos adquirieron jerarquía constitucional. Para el tema analizado en este trabajo el texto constitucional específicamente el Art. 75 inc 17 es un referente ya que es la primera disposición de la Constitución Nacional que reconoce derechos a los pueblos originarios. Ejemplos de otros significativos avances son: la Ley de Matrimonio Igualitario N 26.618, Ley de Identidad de Género N 26.743, Ley de Emergencia de Propiedades Comunitaria N 26.160, La Declaración de Pulmarí, Código Procesal penal de Neuquén, específicamente su Art. 19 y 109, Art. 53 de la Constitución de Neuquén, entre otros.

26 Luciana Álvarez, *Derechos a la Diferencia. El caso indígena en el discurso argentino*, Buenos Aires, Biblos 2013, p. 55.

Si bien existen ciertas críticas²⁷ sobre los nuevos textos constitucionales, no puede desconocerse la importancia que reviste y que significa la existencia de disposiciones que hagan referencia explícita a grupos que se han encontrado y se encuentran en situaciones de desigualdad estructural²⁸, como por ejemplo los niños, ancianos, mujeres, comunidades indígenas, entre otros.

A partir de la reforma constitucional se reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, se garantiza el respeto a su identidad, su derecho a una educación bilingüe e intercultural. Se ampara y reconoce la posesión y la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades y simultáneamente, se establece que es competencia del Congreso de la Nación regular la entrega de tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano.

En Argentina, el inc. 17 del Art 75, significó para los indígenas una importante conquista en el mundo jurídico positivo. Es a partir de este reconocimiento que las comunidades tienen la posibilidad de fundar sus reclamos judiciales en una cláusula constitucional que les reconoce una cosmovisión propia y diferente de la propiedad civil. En este sentido, la forma en la que se construyó el régimen jurídico de la propiedad permite apreciar a partir de la reforma de 1994 un espacio de visibilización en la instancia judicial.

Lo que acontecía antes del reconocimiento constitucional era muy diferente, ya que si bien en un espacio de invisibilización algunas comunidades o miembros de ellas lograron judicializar sus reclamos, esta posibilidad fue a partir de principios del derecho civil, perspectiva que resultó incapaz de ver y comprender su cosmovisión.

Un ejemplo de este tipo de judicialización es el ya citado fallo de la Corte Suprema de 1929 caratulado «Lorenzo Guari y otros c. Provincia de Jujuy s/ reivindicación».

27 Gargarella y Courtis advierten que «dicha crítica no advierte que en algunos países como Colombia o, más recientemente en Argentina, estos textos tan exigentes y llenos de derecho no se han convertido en “pura poesía”. [...] gracias al status constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos, se han reivindicado los derechos de muchas personas de carne y hueso». Roberto Gargarella y Christian Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, Naciones Unidas CEPAL, 2009, p. 32.

28 Para profundizar la idea de desigualdad estructural ver Roberto Saba, *(Des) igualdad Estructural*, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitarios*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 137-170.

El actor, junto a otros nativos de los pueblos de Cochinoca y Casabindo de la provincia de Jujuy, interpone la acción de reivindicación contra la provincia. Esta acción es una de las medidas de protección del derecho de dominio reguladas en el Código a partir del art 2758.

La acción de reivindicatoria es la que se confiere a quien, afirmándose titular de un derecho real con derecho a poseer (*ius possidendi*), pretende, ante el desconocimiento de su derecho, la declaración de certeza de este y la entrega de la cosa consecuentemente o simplemente lo segundo, si no mediara tal desconocimiento²⁹.

Aquí puede apreciarse lo mencionado *ut supra*, el reclamo de los indígenas se realiza a partir de la lógica y cosmovisión del Código. Este accionar es comprensible ya que, como se mencionó anteriormente, este instrumento guardó un silencio con relación a esta clase de propiedad. Es por esta razón que, no obstante utilizar las medidas de defensa establecidas por la legislación civil, los indígenas fundamentan su derecho en normas foráneas.

En el considerando tercero de esta sentencia se puede apreciar como los actores invocaban en primer término, en el régimen institucional, del Imperio Incásico, denominado por los indígenas “Tahuantisuyu”, “Unidad tetrarregional”, al que pertenecían los pueblos de Cochinoca, Humahuaca, Casabindo y otros de la Provincia de Jujuy, incorporados por conquista en tiempos de Tupac Inpanki [...] cuyos habitantes vivían en comunidades, con propiedad común de las tierras de población, cultivo y pastoreo³⁰.

El resultado de esta judicialización fue adverso a los intereses del actor ya que además de no reconocer su legitimación activa, por falta de personería jurídica, estableció que la única propiedad comunaria válida en el régimen civil es la constituida por contrato. Finalmente el fallo reconoció como propietaria a la provincia de Jujuy basándose en que producida la independencia, las nuevas naciones americanas se constituyeron en sucesores naturales y directas del patrimonio real [...] y conforme a nuestro régimen constitucional y legal, las provincias tienen el dominio de todas las tierras que antes se reconocían como de la Corona o que no tenían otro dueño particular [...].³¹

Pero no obstante este resultado es importante hacer referencia al décimo considerando que establece

29 Néstor Jorge Musto, *Derechos Reales*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 510.

30 Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, «Lorenzo Guari y otros c. Provincia de Jujuy», cit., p. 4.

31 Ivi, p. 3.

Que las vehementes y reiteradas invocaciones que los actores hacen a esta Corte de la injusticia que según ellos pretenden agravia a los seculares pobladores indígenas, heroicos defensores de la patria, honestos factores de su progreso, con la desposesión de sus tierras, hogares y bienes, no es indiferente a las ideas y sentimientos del Tribunal, pero no está en el radio de sus facultades, marcado por la Constitución y las leyes ponerle remedio [...].³²

Es interesante resaltar, que en un contexto caracterizado por la de falta de reconocimientos, no obstante que los magistrados sean capaces de ver una cierta razonabilidad en el reclamo de los indígenas, las reglas de competencias del orden jurídico les impiden cruzar las fronteras del conflicto.

3. ¿De qué hablamos cuando hablamos de Permeabilidad?

Generalmente cuando se habla de permeabilidad se está haciendo referencia a la disposición de un material de ser atravesado por un fluido, sin que se desnaturalice su estructura interna. Esta capacidad, demanda en el material la presencia de poros interconectados que permitan la absorción y circulación del fluido. Mattias Wendel³³ advierte que, en general, la permeabilidad no es ilimitada, sino que presenta una característica llamada selectividad por la que los cuerpos son selectivos, en el sentido que son permeables solo para algunos tipos de moléculas.

A los fines de elaborar una propuestas de análisis basada en la permeabilidad, tomaré como punto de partida tres trabajos en los que la esta idea se encuentra presente. Estos análisis, si bien difieren en su dimensión espacial e institucional, aportan interesantes resultados sobre la utilidad de esta herramienta analítica.

Permeabilidad en el derecho constitucional europeo³⁴

En la introducción a su libro Wendel, señala que el mundo del derecho carece aún de un concepto de permeabilidad, específicamente de una concepción con valor propio. Pese a ello es posible a partir de ese concepto, proyectar una idea fundamental de disolución de fronteras jurídicas, la cual en su efecto apunta a entrelazamientos normativos de diferentes ordenamientos

³² Ivi, p. 8.

³³ Mattias Wendel, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 9. Todas las referencias al autor son producto de una traducción libre de mi autoría.

³⁴ Ivi, pp. 1-10.

jurídicos. En este sentido, para el autor preguntarse por la permeabilidad jurídica significa preguntarse por una especial cualidad jurídica integrativa de ordenamientos.

Desde una perspectiva normativa, la permeabilidad consiste en la cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir implementar preceptos jurídicos o la entrada de contenidos normativos que provienen de una fuente distinta.

Si bien a los fines de actuación la permeabilidad necesita de un ordenamiento jurídico ajeno, no debe perderse de vista que ella es un componente integral del ordenamiento. Por esta razón, los instrumentos de la permeabilidad jurídica son incluidos en los marcos de referencia de un orden jurídico, en otras palabras, actúan como reglas de reconocimiento. En un sentido jurídico-positivo, el autor describe la permeabilidad desde un punto de vista técnico jurídico a partir de una norma de integración e interpretación, construcción que va más allá del proceso de integración europea.

No obstante la idea de apertura que subyace a este concepto, la permeabilidad no es ilimitada. En este sentido, Wendel señala que en el ámbito jurídico también existe una selectividad. Al igual en los cuerpos físicos, los ordenamientos desarrollan ciertas condiciones jurídicas materiales o barreras, direccionadas a objetivos específicos. Es aquí donde puede verse una función de amparo-protección, contra la apertura o disolución de fronteras. Si bien su análisis está centrado en el derecho constitucional de la Unión Europea y de sus estados miembros, su desarrollo metodológico va más allá de este espacio.

Conflictos multiculturales y jueces nacionales: una visión general³⁵.

André Hoekema plantea un interrogante con relación a los conflictos familiares latentes en las sociedades multiculturales, específicamente indaga sobre la manera en que los actores, tanto sociales como legales, negocian soluciones a preguntas legales en espacios de inmigración y minorías étnicas. Para este análisis, utiliza el autor el concepto de interlegalidad y conjuntamente una diferenciación de dimensiones de análisis.

La idea de interlegalidad remite a un espacio de confluencia, entre «sensibilidades legales de las minorías y las mayorías»³⁶. En otras palabras, en un contexto de sociedades multiculturales cuando se presentan en una instancia judicial conflictos en los que participan miembros de una minoría cultural, a

35 Hoekema, *Conflictos multiculturales y jueces nacionales: una visión general*, cit.

36 Ivi, p. 20.

menudo lo jueces se enfrentan con problemáticas que no son contempladas por el ordenamiento jurídico, o que si están reguladas tiene la particularidad de presentarse de manera confusa o bien contradictoria a los lineamientos del derecho. En este contexto una idea, la de cruzar fronteras, se vuelve esencial ya que es la vía mediante la cual es posible aproximarse a una comprensión diferente de las cosas. Este punto, ya sea el desafío mismo de cruzar fronteras o el hecho de que las propias fronteras sean cruzadas está relacionado con «la permeabilidad y fluidez de los órdenes legales»³⁷. Señala el autor que no obstante los innumerables esfuerzos y la proclamación de teorías jurídicas basadas en la centralización y consolidación de un orden jurídico, la fluidez y permeabilidad son particularidades del Derecho occidental tanto Anglosajón como Continental Europeo.

Teniendo en cuenta este escenario el autor plantea dos tipos de interrogantes, por un lado un interrogante “normativo” que indaga sobre que deberían hacer los jueces y otros profesionales legales cuando se enfrentan a valores, normas y patrones de vida con los cuales no están familiarizados, ya que estos se relacionan a una cultura legal diversa. Por otro lado establece un interrogante “empírico” relativo a que hacen en la práctica los jueces y actores legales cuando se encuentran frente a este tipo de conflictos. El autor concluye que paulatinamente aquello que llamamos orden legal estatal está cambiando. Esta erosión de los marcos de significado, puede apreciarse a partir de las decisiones judiciales que cotidianamente adoptan una diferente y sutil interpretación de los intereses.

Hacia la reconstrucción de un perfil de juez/a permeables a las demandas de igualdad de género: el caso del contencioso administrativo tributario de la ciudad de Buenos Aires³⁸.

Dentro de los derechos sociales, especialmente con relación a las demandas de igualdad este interesante trabajo propone determinar en qué medida el perfil de los jueces influye sobre el grado de permeabilidad del sistema judicial a nuevas demandas de igualdad y derechos sociales, entre las que se ubican las de identidad de género.

En este sentido, manifiestan los autores que es importante identificar

37 Ivi, p. 26.

38 Nancy Cardinaux, Laura Clérico, Martín Aldao, Liliana Ronconi *Hacia la reconstrucción de un perfil de juez/a permeable a las demandas de identidad de género: el caso del contencioso administrativo tributario de la ciudad de Buenos Aires*, «Revista Ambiente Jurídico», 2013, pp. 16-35.

las condiciones de posibilidad que permitieron la permeabilidad del fuero, lo que no significa desestimar otras circunstancias. Algunos de los factores que fueron identificados son: a) el alto estándar de igualdad fijado por la Constitución local, b) algunos cambios culturales hacen que las demandas de género encuentren eco en organizaciones de la sociedad civil, c) por último, el ingreso de la identidad de género a la agenda de reformas normativas.

No obstante el papel significativo de estos factores, el perfil del juez es el aspecto central de indagación del trabajo. Consecuentemente, los autores procedieron a reconstruir el perfil de los magistrados que intervinieron en cuestiones de género. Para ello llevaron a cabo un estudio sobre la trayectoria académica de los jueces, en un sentido amplio, para tratar de determinar qué relación puede guardar el perfil del juez con el grado de permeabilidad del sistema judicial. Los autores concluyen que para el caso de fueros de reciente creación, el actuar de los magistrados genera simultáneamente un doble efecto, por un lado se definen a sí mismo y por el otro moldean el perfil del fuero. Este último aspecto es lo que permite marcar una distancia considerable con relación a ciertas tradiciones, no siempre permeables, del sistema de administración de justicia, especialmente aquellas relacionadas con el tratamiento de demandas de igualdad.

A partir de estas tres propuestas puede considerarse a la permeabilidad como una característica de los ordenamientos jurídicos, relacionada a cuestiones de aperturas e interacción con otros ordenamientos, normatividades y formas de comprensión; hecho que motiva su aplicación en los conflictos judiciales en los que participan miembros de una minoría cultural. Es aquí donde los puntos de encuentro entre diferentes normatividades y ordenamientos jurídicos pueden hacerse visibles, aquí emergen zonas potenciales de interlegalidad.

Utilizo la idea de potencialidad ya que en estos conflictos objetivamente se dan las condiciones necesarias para la interlegalidad, pero su éxito depende de algo más. En estas controversias se encuentra latente un desafío, el cruce de fronteras, que solo puede ser asumido por los jueces. El rol del magistrado se vuelve relevante en estos espacios de apertura, y es aquí adonde propongo trasladar la idea de permeabilidad- desde los ordenamientos hacia los jueces- ya que son ellos y no el ordenamiento quienes en un conflicto multicultural pueden superar el reto.

Para poder implementar la permeabilidad como una herramienta de análisis consideraré, por un lado, a los jueces, específicamente su praxis, como el

cuerpo o material a analizar, y por otro lado, el fluido o molécula en relación al cual se pretende constatar la apertura será la propiedad comunitaria de los pueblos originarios.

Teniendo en cuenta lo que he estado trabajando, quisiera plantear los siguientes interrogantes como guías para el análisis de la sentencia: ¿Los jueces son permeables a una forma diversa de propiedad? ¿Existe una permeabilidad selectiva? ¿Existe una relación entre la construcción histórico-jurídica de la propiedad y la permeabilidad de los jueces?

4. *La comunidad aborígen de Quera y Agua Caliente, un observatorio para el análisis de la permeabilidad de los jueces en Argentina*

A los fines de analizar el reclamo de la comunidad aborígen de Quera y Agua Caliente-Pueblo Cochinoca³⁹, cuento con la sentencia dictada por los vocales de la Sala Primera de la Cámara en lo Civil y Comercial de la provincia de Jujuy⁴⁰, el 14 de septiembre del año 2001⁴¹.

39 Para ubicar geográficamente a la comunidad de Quera y Agua Caliente, seguiré la propuesta de Matilde García Moritán y María Beatriz Cruz, quienes para ubicar a la colectividad indígena toman como referencia la división en regiones de la provincia. Para el caso de análisis, la región relevante es La Puna, esta zona comprende los departamentos de tierras altas de la provincia de Jujuy: Yavi, Santa Catalina, Rinconada, Cochinoca, Susques y parte del departamento de Humahuaca. A lo largo de La Puna existen una cantidad significativa de Kollas, con esta expresión se designan a los habitantes puñños y en general a toda la población de origen Quechua o Aymara que habitan Argentina. Dentro del territorio provincial 164 comunidades indígenas han optado por identificarse como Kollas y en la región de La Puna existe una cantidad muy significativa de comunidades, entre ellas la comunidad de Quera y Agua Caliente. Ver Matilde García Moritán y María Beatriz Cruz, *Comunidades Originarias y Grupos Étnicos de la Provincia de Jujuy*, Tucumán – Yerba Buena, Ediciones del Subtrópico, 2011.

40 Según los resultados de la encuesta complementaria de pueblos indígenas, implementada en el censo realizado durante los años 2004-2005, la provincia de Jujuy es la provincia que presenta el porcentaje más alto de hogares en los que algún miembro se conoce como indígena o descendiente de indígenas.

41 Sentencia de fondo, Comunidad Aborígen de Quera y Agua Caliente -Pueblo Cochinoca vs. Provincia de Jujuy, Tribunal: Cámara Civil y Comercial, Sala 1, Jujuy, Fecha: 14/09/2001. Disponible en la sección de Jurisprudencia Nacional del sitio web de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena, <http://www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/cat_view/13-jurisprudencia-nacional-internacional/20-

A continuación expondré una reconstrucción de los hechos y luego un resumen y análisis de los votos de los vocales.

1) La comunidad aborígen de Quera y Agua Caliente-Pueblo Cochinoca, promovió juicio ordinario por prescripción adquisitiva de dominio contra el Estado provincial, solicitando que en la etapa procesal oportuna se proceda a declarar la adquisición del dominio a favor de la comunidad.

La legitimación activa de la comunidad se fundó en el Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. En tal sentido, aclaró que el concepto de Pueblo indígena que utiliza es el definido por el Art. 1 del Convenio 169 de la OIT, ratificado por Argentina por ley N 24.071. La actora afirmó que ejerce la posesión ancestral de la tierra que ocupa, y que esta sido transmitida de generación en generación, configurándose la accesión de posesiones desde hace cientos de años. Además, manifestó la comunidad que jamás fue turbada en su posesión por el Estado provincial, ya sea por vías de hechos o por actos administrativos.

2) Sustanciado el traslado de ley, compareció el Estado provincial representado por el Procurador fiscal quien rechazó la demanda. Además de las negaciones puntuales y genéricas de los hechos expuestos en la demanda, el procurador manifestó que aun para el supuesto de que los extremos probatorios pudieran resultar ciertos, respecto de la pretensión, entendió que esta no era la vía adecuada para el reclamo del derecho que se invoca, toda vez que la organización y reconocimiento de la comunidad aborígen databa de muy poco tiempo.

El primer voto corresponde a la Dra. María Rosa Caballero de Aguiar, quien basó su análisis en la legitimación activa y pasiva. Para el primer caso, la magistrada resaltó que si bien para esta cuestión existe una normativa específica, es la propia Constitución Nacional la norma que reconoce no solo la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, sino que garantiza el otorgamiento de la personería jurídica a la comunidad y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan.

Con relación a la posesión, la Vocal reconoció la vigencia del principio de accesión regulado en el Código Civil y lo aplicó analógicamente al caso. En

jurisprudencia-nacional?start=20>, marzo 2016. La Sala Primera en lo Civil y Comercial estaba integrada por los doctores: María Rosa Caballero de Aguiar, Víctor Eduardo Farfan y el doctor Isidoro Arzud Cruz, Defensor Oficial de Pobres llamado a integrar el Tribunal. Si se presta atención, la sentencia de la Corte Suprema a la que he hecho referencia en las páginas 10-11 tiene como protagonista también al Pueblo Cochinoca.

este voto se puede apreciar que la magistrada advirtió la incorporación en el derecho positivo de un nuevo concepto de propiedad, y que a los fines de cumplir con las exigencias constitucionales, consideró que este tipo de ocupación tradicional solamente era concebible a partir de la accesión de posesiones.

Seguidamente, Aguiar manifestó que la acción fue entablada correctamente contra el Fisco y que la actora logró demostrar que poseyó y posee *animus domini*, no solo desde hace veinte años sino desde tiempos prehistóricos.

Un significativo hecho fue el reconocimiento, por parte de la vocal, de la dificultad que representa que para los abogados –operadores jurídicos en general– formados a partir del estudio del Código Civil, y por ende imbuidos del dogmatismo decimonónico, la comprensión de la propiedad comunitaria. Pero no obstante las dificultades manifestó:

el tribunal pudo asir la realidad concreta al conectarse de forma directa e inmediata con los integrantes de la comunidad, visitar sus tierras, sus casas, sus poblados, y de tal forma pudo captar en toda su dimensión, que la propiedad comunitaria existe, es tan tangible como la propia aridez de La Puna [...] ⁴².

A pesar de estas dificultades expuestas, puede verse en esta reflexión un espacio de encuentro, un espacio de interlegalidad. No quisiera dejar de mencionar que esto fue posible a partir de la prueba testimonial receptada y de la inspección ocular realizada por el tribunal.

Aguiar afirmó que no hay duda que la posesión de las tierras requeridas no solo es comunitaria, sino que es pacífica, continua e ininterrumpida, desde tiempos inmemoriales, así como que dicha posesión es ejercida *animus domini* y colectivamente. Destacó la vocal, que el Código Civil facilitó la prueba de la posesión ya que a partir de la idea de cultura del inmueble, tanto su deslinde como la construcción que en él se haga y en general su ocupación pueden ser considerados actos posesorios. Por último, a partir del *animus rem sibi habendi* – consideró la vocal- que es aplicable el principio de interpretación a favor del poseedor de la tierra, frente a la estéril prerrogativa de los titulares registrales.

En el segundo voto, el Dr. Víctor Eduardo Farfan consideró que tanto la posesión ancestral de las tierras que ocupa la comunidad como su derecho son incuestionables. Pero señaló que existe un decreto sobre la prescripción adquisitiva de inmuebles que no permite la acreditación de la posesión

42 Ivi, p. 4.

veinteñal exclusivamente por prueba testimonial. No obstante este obstáculo procesal y con miras a reconocer la acreditación de la posesión, el vocal se remitió a los resultados de la inspección judicial. Manifiestó Farfan que:

Ninguna duda cabe que los hechos citados (construcción de viviendas [...], corrales [...], acequias [...], no conocen el canon de agua [...], no solicitan autorización para talar ni para pastar su rebaño[...]) demuestran los actos posesorios ejecutados por los nativos de esta comunidad, revelando claramente su propósito, conforme a lo dispuesto por el Art. 2384 del Código Civil.⁴³

A primera vista puede apreciarse que los votos de los vocales resultaron favorables al reclamo de la comunidad. Si bien la pretensión jurídica de la comunidad fue reconocida, algunas reflexiones sobre cómo fue llevada la judicialización son necesarias para responder a los interrogantes guía: ¿Los jueces son permeables a una forma diversa de propiedad? ¿Existe una permeabilidad selectiva? ¿Existe una relación entre la construcción histórica jurídica de la propiedad y la permeabilidad de los jueces?

Desde una perspectiva teleológica, podría decirse que los jueces fueron capaces de cruzar las fronteras del conflicto ya que reconocieron el derecho de dominio y declararon la titularidad registral del inmueble en cabeza de la comunidad.

Pero, si tenemos en cuenta algunas observaciones de Silvina Ramírez acerca de la judicialización⁴⁴ puede apreciarse que en los votos analizados la interpretación realizada por los jueces indica que el Art. 75 inc. 17 no es suficiente para argumentar sus decisiones.

43 Ivi, p. 9.

44 En su tesis de doctorado, Silvina Ramírez distingue entre una buena y mala judicialización a los fines de determinar el grado de protección que obtienen los derechos en juego. En palabras de la autora, «la buena judicialización, en el caso de los Pueblos indígenas, remite no sólo a decisiones protectoras de derechos, sino que también permite pensar en la generación de precedentes, que [...] provoquen una suerte de “sedimentación de derechos”, profundizando su interpretación y aplicación en una línea que beneficie a las comunidades y Pueblos indígenas. [...] Si, llegado el caso, debe enfrentarse a lo que se denomina en este apartado “mala judicialización”, podría ser que la sedimentación de derechos ya descripta se hiciera en la dirección equivocada. De ese modo, la generación de precedentes funcionaría en sentido adverso, generando decisiones que interpreten y apliquen “desconociendo” el contenido de los derechos, lo que redundaría en una mala práctica que atentaría contra las reivindicaciones indígenas, y que distorsionaría los derechos ya conseguidos.» Ver. Silvina Ramírez, *Matriz Constitucional, Estado Intercultural y Pueblos Indígenas de Argentina*, cit., pp. 305-306.

Por ejemplo, en el primer voto se hizo una referencia a la operatividad de la norma constitucional en materia de propiedad indígena, pero simultáneamente se invocó el régimen posesorio del Código Civil. Este tipo de interpretaciones analógicas, si bien son realizadas para reconocer el derecho de las comunidades, afectan al concepto de propiedad comunitaria indígena, ya que toda interpretación basada en principios extraños a la cosmovisión de las comunidades desnaturaliza y distorsiona su contenido.

Frente a un panorama tan confuso, me pregunto si la forma en que ha sido construido el régimen jurídico de la propiedad en Argentina puede arrojar un poco de luz clarificadora.

Razonamientos y formas de interpretación como las mencionadas *ut supra* son realizados numerosas veces por distintos operadores jurídicos como por ejemplo abogados, jueces, procuradores, legisladores, e incluso son perceptibles en textos o proyectos de ley⁴⁵. Este reiterado accionar se repite en la sentencia y obstaculiza el encuentro entre dos tipos de cosmovisiones de la propiedad. En los votos los magistrados señalan las causas de este desencuentro, ellas son: la formación de los operadores jurídicos y la escasa regulación de la propiedad comunitaria.

La incertidumbre sobre el contenido de esta propiedad es reconocida por la magistrada, quien frente a este obstáculo decide realizar a una aplicación analógica de la posesión regulada en el Código Civil.

Aquí es donde la construcción histórico-jurídica de la propiedad muestra

45 Este tipo de interpretaciones estuvieron presentes durante el proceso de unificación de los códigos Civil y Comercial de Argentina. Específicamente en el proyecto que remitió el Congreso de la Nación en el mensaje N 844, en este proyecto la propiedad indígena es regulada expresamente como un derecho real en el Art 2028 «La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas». Un análisis sobre este proceso puede encontrarse en Pamela Cacciavillani, *¿Un Código para una sociedad multicultural? Algunas Reflexiones Histórico-Jurídicas sobre el proceso de unificación de los Códigos Civil y Comercial en Argentina*, «Revista del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja», IX, 15, 2015, pp. 25-38; y en Silvina Ramírez, *La desjerarquización del derecho a la tierra y al territorio de los Pueblos indígenas a través de la regulación de la propiedad comunitaria indígena en el Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*, en Silvina Ramírez, Morita Carrasco, Andrea Lombraña, Natalia Ojeda (Coord), *II Jornadas de debate y actualización en temas de antropología jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 157-165.

sus conexiones con la permeabilidad de los jueces. No obstante el reconocimiento constitucional, condición que objetivamente favorecería la visualización, gravita en ambos votos un protagonismo del Código, y esto se explica a partir de una formación de los jueces basada en el modelo decimonónico de propiedad y específicamente en el estudio del Código Civil.

Como consecuencia de ello vemos, por un lado, una cierta permeabilidad de los jueces ya que reconocen el derecho de la comunidad pero aplican una suerte de selectividad que solo les permite volverse abierto a aquellos contenidos que pueden ser reinterpretados a partir de los principios y categorías del derecho civil. Ejemplo de esta permeabilidad selectiva es la presencia del *animus domini*, *animus rem sibi habendi*, en una sentencia que reconoce el derecho a la propiedad ancestral indígena.

No obstante, existen en estos votos ciertos aspectos que me invitan a creer en la existencia de un espacio de interlegalidad e incluso en la permeabilidad, este espacio es el derecho procesal. Si bien innumerables veces «la práctica procesal anula los derechos indígenas»⁴⁶, en este caso el derecho procesal⁴⁷, específicamente dos medios de prueba actuaron como poros que permitieron ingresar al proceso el contenido vivo del derecho de la propiedad que habita en La Puna. Uno de ellos merece una atención especial, ya que según el Código de procedimiento de la provincia sólo el juez puede solicitarlo, me estoy refiriendo a la inspección judicial⁴⁸.

Considerando que fueron los magistrados los que solicitaron la inspección, su traslado material al lugar del hecho y las referencias que ellos hicieron sobre los resultados de la inspección ocular, creo que estos jueces llevaron adelante el reto y lograron ser selectivamente permeables a una forma diversa de gestionar la propiedad. En otras palabras, pudieron visibilizar una propiedad que no era visible desde su horizonte de formación.

46 Juan Manuel Salgado, *Cómo la práctica procesal anula los derechos indígenas*, cit., p. 53.

47 Una interesante superación de los obstáculos procesales puede verse en el fallo comentado: Eduardo R Hualpa., Silvina Ramírez, *Cuando los derechos indígenas pueden más que los obstáculos procesales*, cit. p. 12.

48 La inspección ocular es regulada en el Código Procesal Civil de la provincia de Jujuy en los artículos 357-361. Este medio de prueba es dispuesto por el juez del trámite, teniendo facultades de disponer de todas las medidas conducentes a la exhibición de cosas o al acceso de lugares en que deba practicarse la prueba.

Conclusiones

Si bien en un proceso en el que interviene una minoría cultural el reconocimiento de sus derechos no es una tarea fácil, existe en ellos un desafío aún mayor. Este desafío consiste en que los jueces sean capaces de comprender una realidad diversa a la de sus patrones culturales.

La reforma constitucional de 1994 significó el reconocimiento explícito de derechos indígenas, entre ellos el derecho a la propiedad comunitaria. Este hecho puede ser considerado como una condición objetiva que permitiría la visualización de una tipología de propiedad basada en una cosmovisión ajena a la del sistema jurídico imperante. En otras palabras, a partir de la consagración de este derecho podría pensarse que no debería ser un obstáculo para los jueces reconocer la propiedad de los pueblos originarios. La existencia del Art.75 inc. 17 debería permitirles superar las dificultades que existían en un contexto de invisibilidad como fue la segunda mitad del siglo XIX y gran parte del siglo XX.

En el análisis de la sentencia puede apreciarse que no obstante la existencia de un reconocimiento constitucional, el Código Civil tiene un gran protagonismo en la praxis judicial. Esta presencia puede entenderse si se tiene en cuenta que este instrumento jurídico es uno de los pilares en la formación de los operadores jurídicos. Además debe tenerse presente el silencio del codificador con relación al tema de la propiedad de los indios.

A pesar de las fronteras culturales, fueron los magistrados quienes introdujeron en el proceso uno de los poros, la inspección ocular, que les permitió ser permeables a la forma en la que la comunidad de Quera y Agua Caliente se relaciona con su territorio.

No obstante su apertura, los diversos principios, categorías y nociones jurídicas de la propiedad civil funcionaron como un filtro que volvió selectiva su permeabilidad sólo a aquellos comportamientos, costumbres y hábitos que podían ser reinterpretados a través del Código.

Este análisis nos invita a reflexionar sobre la necesidad, tanto sustancial como procesal, de contar con un marco jurídico que dote de un contenido y de un procedimiento propio al derecho de propiedad comunitaria. Estos requerimientos deben ser acordes tanto a las exigencias del Derecho Internacional, como a los postulados del Art.75 inc. 17. Pero hasta que estas transformaciones se den, el Poder Judicial, en su rol de garante de los derechos fundamentales, se presenta como un espacio crucial para el reconocimiento de la diversidad.

Bibliografía

- Abreut de Begher Liliana, *La Propiedad Comunitaria Indígena*, en «Lec-
ciones y Ensayos», n. 90, Universidad de Buenos Aires, 2012, pp. 55-
97;
- Álvarez Luciana, *Derechos a la Diferencia. El caso indígena en el discurso
argentino*, Buenos Aires, Biblos, 2013;
- Atienza Manuel, *Argumentación jurídica y estado Constitucional*, en Ber-
gón, Pablo Miravet y Añón, María José (coords.), *Derechos, justicia y
estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet*, Valencia, Tirant
de lo Blanch, 2005, pp. 25-34;
- Boixadós María Cristina, *Expropiación de tierras comunales indígenas en
la provincia de Córdoba a fines del siglo XIX. El caso del pueblo de La
Toma*, «Cuadernos de Historia Serie Economía Sociedad», 2, 1999, pp.
87-113;
- Brussa Carmina, Cánovas Victoria y Prosdócimo Carolina, *La Tierra y el
Mundo Agrario através de su legislación: La Provincia de Córdoba en
el siglo XIX*. Córdoba, Centro de Estudios Históricos Carlos S. A. Segreti,
2001;
- Cacciavillani Pamela, *¿Un Código para una sociedad multicultural? Algunas
Reflexiones Histórico-Jurídicas sobre el proceso de unificación de los
Códigos Civil y Comercial en Argentina*, «Revista del Instituto de Inves-
tigaciones Ambrosio L.Gioja», IX, 15, 2015, pp. 25-38;
- Cardinaux Nancy, Clericó Laura, Aldao Martin y Ronconi Liliana, *Hacia
la reconstrucción de un perfil de juez/a permeable a las demandas de
identidad de género: el caso del contencioso administrativo tributario
de la ciudad de Buenos Aires*, «Revista Ambiente Jurídico», 2013, pp.
16-35;
- Caroni Pio, *Escritos sobre la Codificación*, Madrid, Dykinson, 2012;
- Duve Thomas, *Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen-re-
chtshistorische Annäherungen, Einführung in der Ringvorlesung des
LOEWE-Schwerpunkts. „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlö-
sung“ WS 2013/2014, FB 01 Rechtswissenschaft der Goethe Universität.*
Disponibile en <[http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/in-
dex/docId/29166](http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/docId/29166)>;

- Ferreyra Ana Inés *Mensaje de los gobernadores de Córdoba a la legislatura*, Centro de Estudios Históricos, Serie Documental. n. VIII, tomo III 1871-1885, Córdoba, 1997;
- Gargarella Roberto y Courtis, Christian *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, Naciones Unidas CEPAL, 2009;
- Geertz Clifford, *The Uses of Diversity. In Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 7. Ed. Sterling M. McMurrin, Cambridge and Salt Lake City, Cambridge University Press and University of Utah Press, 1986; tr. *Los usos de la diversidad*, Barcelona, Paidós Ibérica S.A, 1996;
- Hoekema André J., *Conflictos multiculturales y jueces nacionales: una visión general*, «THEMIS Revista de Derecho», 57, 2009, pp .19-32;
- Hualp Eduardo R. y Ramírez Silvina *Cuando los derechos indígenas pueden más que los obstáculos procesales*, en LLLitoral, 2013, Accesible online: (mayo) 01/05/2013, 367, <http://www.funpat3mil.com.ar/documentos/derechos_indigenas>;
- Iturbide Gabriela y Abreut Liliana *Jurisprudencia de la Corte Suprema relacionada con la problemática indígena*. Periodo 1863-1930, «La Ley Online», 2005, documento 324, Argentina, pp. 1-36;
- Moritán Matilde García y Cruz, María Beatriz, *Comunidades Originarias y Grupos Étnicos de la Provincia de Jujuy*, Tucumán – Yerba Buena, Ediciones del Subtrópico, 2011;
- Musto Néstor Jorge, *Derechos Reales*, Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 2000;
- Ramírez Silvina, *Matriz Constitucional, Estado Intercultural y Pueblos Indígenas en Argentina- Conformación de un nuevo Estado a partir del Reconocimiento del Derecho de los Pueblos Indígenas*, «Tesis de Doctorado presentada en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Director Dr. Roberto Gargarella», fecha de defensa 14 de abril de 2014;
- Ramírez Silvina, *La desjerarquización del derecho a la tierra y al territorio de los Pueblos indígenas a través de la regulación de la propiedad comunitaria indígena en el Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación* in Silvina Ramírez, Carrasco M., Lombrana A., Ojeda N. Ramírez S. (Coord),), *II Jornadas de debate y actualización en temas de antropología jurídica*, 1 ed., Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 157-165;

- Remetería Carlos J. Díaz, *Supervivencia y Disolución de la Comunidad de Bienes Indígena en la Argentina del siglo XIX*, «Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene», 30, 1995, pp. 11-39;
- Saba Roberto, *(Des) igualdad Estructural*, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords), *El Derecho a la Igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007;
- Salgado Juan Manuel, *Cómo la práctica procesal anula los derechos indígenas*, en Rodríguez, Helena Olea (Coord.), *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la Discusión*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Diego Portales, 2003, pp. 51-67;
- Tell Sonia, *Títulos y derechos coloniales a la tierra en los pueblos de indios de Córdoba. Una aproximación desde las fuentes del siglo XIX*, «Bibliografía Americana Revista Interdisciplinaria de Estudios Coloniales», 7, diciembre 2011, pp. 200-221;
- Teruel Ana y Fandos Cecilia, *Procesos de privatización y desarticulación de tierras indígenas en el norte de Argentina en el siglo XIX*, «Revista Complutense de Historia América», 35, 2009, pp. 233-255;
- Wendell Mattias, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011;
- Zimmerman Silvina, Capurro Facundo Robles y Rojas Mishkila, *El tratamiento judicial de los reclamos indígenas: El rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, «Revista Electrónica del Instituto de investigaciones Ambrosio L. Gioja», III, 4, 2009, pp. 139-162.

OSCILLAZIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE DI FRONTE ALLA CRISI ECONOMICA

Giovanni Di Cosimo

1. *Il ruolo della Corte (e quello del legislatore)*

Nel corso del 2015 il giudice costituzionale italiano ha annullato alcune misure normative adottate per fronteggiare la crisi economica. Le sentenze dieci, settanta e centosettantotto accertano che queste disposizioni, diverse per oggetto e struttura, violano diritti o principi costituzionali. La presenza in tutt'e tre i casi di diritti e principi contrastanti spinge la Corte a utilizzare la tecnica del bilanciamento. Il presupposto è che la «Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi» (sent. 10/2015)¹.

E attorno al tema del bilanciamento ruotano i principali nodi teorici affrontati dalle tre sentenze. Il primo riguarda la definizione del compito del giudice costituzionale. Si tratta di capire a quali condizioni la Corte possa passare dal ruolo di controllore del bilanciamento effettuato dal legislatore, a quello di bilanciatore². I termini generali della questione sono noti: al legislatore spetta tracciare il bilanciamento, che la Corte, qualora investita della questione, verifica, eventualmente rideterminando il punto di equilibrio³. E ciò vale anche nelle ipotesi di bilanciamento fra le esigenze di tutela dei diritti con le risorse finanziarie disponibili⁴. La giurisprudenza costituzionale ha chiarito che la discrezionalità del legislatore «non ha carattere assoluto e trova un limite nel [...] rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sent. 80/2010 relativa al diritto del disabile all'istruzione).

1 Sul tema cfr., da ultimo, Andrea Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, 10 ss.; Marta Cartabia, *Diritti, giudizi e conflitti*, «Ars interpretandi», 1, 2015, p. 44 ss.

2 Alessandro Morelli, *La Corte nel gioco dei bilanciamenti*, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, p. 712.

3 Marta Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in «www.cortecostituzionale.it», p. 11.

4 Augusto Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, «www.rivistaaic.it», 2, 2015, p. 2.

La sentenza settanta sul blocco delle pensioni rispetta questo schema. La Corte prima osserva che il legislatore ha nel corso del tempo sospeso il meccanismo perequativo in vari modi, nel «tentativo di bilanciare le attese dei pensionati con variabili esigenze di contenimento della spesa»; poi verifica la ragionevolezza del bilanciamento legislativo. Anche la sentenza centosettantotto effettua questo tipo di verifica, giungendo alla conclusione che il carattere sistematico della sospensione della contrattazione e degli automatismi stipendiali per i dipendenti pubblici determina un “bilanciamento irragionevole” fra libertà sindacale e il principio dell’equilibrio di bilancio.

La sentenza dieci segue invece un percorso differente. Dapprima individua gli obiettivi del prelievo addizionale all’imposta sul reddito delle società petrolifere che raggiungono una certa soglia di ricavi, la cosiddetta *Robin tax*⁵. Dopo svolge un giudizio di proporzionalità, in forza del quale stabilisce che i mezzi predisposti dal legislatore sono incongrui rispetto allo scopo perseguito. La valutazione non abbraccia quindi il sacrificio che la misura normativa impone ad alcuni diritti o principi in nome di altri diritti o principi. Muovendosi nell’ambito del giudizio di ragionevolezza, la Corte fa specifico uso del giudizio di proporzionalità, che consente di controllare la legittimità della disposizione sotto il profilo della congruità fra mezzi e fini, ma non impiega la tecnica argomentativa del bilanciamento, che permette di valutare la legittimità della disposizione in caso di contrasto fra diritti o principi⁶. Solo a questo punto, dopo aver accertato l’incostituzionalità della misura legisla-

5 Gli obiettivi del prelievo sono, da un lato, «reperire nuove entrate al fine di fronteggiare» l’emergenza economica, e dall’altro, colpire gli ampi margini di profitto degli operatori del settore petrolifero favoriti dall’eccezionale rialzo del prezzo.

6 Va ricordato che la portata del principio di ragionevolezza e l’uso che ne deve fare la Corte sono controversi, e che in questa nebulosa galassia il concetto e la struttura dei giudizi di bilanciamento e di proporzionalità variano a seconda delle ricostruzioni dottrinarie; cfr. Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Mulino, Bologna, 1988, p. 147 ss.; Roberto Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; Livio Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, «Enciclopedia del diritto», aggiornamento I, 1997, p. 899 ss.; Jörg Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, «Digesto delle discipline pubblicistiche», XII, 1997, p. 341 ss.; Gino Scaccia, *Il bilanciamento di interessi come tecnica di controllo costituzionale*, «Giurisprudenza costituzionale», 6, 1998, p. 3953 ss; Luigi D’Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005; Giorgio Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, «Ragion pratica», 28/2007, p. 219 ss.

tiva, la sentenza mette in campo la tecnica del bilanciamento. Con l'obiettivo di limitare l'impatto finanziario della decisione di accoglimento, la sentenza bilancia il principio dell'equilibrio di bilancio e i due parametri costituzionali di cui in precedenza aveva stabilito la violazione, facendo prevalere l'art. 81 sulla coppia degli art. 3 e 53 della Costituzione⁷.

Contrariamente a quel che accade usualmente, la sentenza dieci non utilizza il bilanciamento nell'ambito del controllo di costituzionalità della disposizione. Manca il presupposto per una simile valutazione, dato che il legislatore non ha compiuto un bilanciamento di cui la Corte possa valutare la ragionevolezza⁸. Piuttosto, quando ha già accertato l'incostituzionalità della disposizione, la sentenza usa questa tecnica di giudizio allo scopo di limitare l'impatto finanziario della decisione di accoglimento. Ne risulta un *bilanciamento atipico*, che non tiene conto dei principi contrastanti relativi alla misurata legislativa oggetto di giudizio, ma, da un lato, dei parametri costituzionali violati dalla disposizione e, dall'altro, del principio dell'equilibrio di bilancio, che secondo la Corte rischia di saltare per effetto della decisione di accoglimento⁹.

2. Il posto dell'equilibrio di bilancio

Il secondo nodo è costituito proprio dalla definizione del ruolo che spetta al principio dell'equilibrio di bilancio.

Nella sentenza dieci la Corte contrappone l'art. 81 ai principi costituzionali violati dalla disposizione sulla *Robin tax*, senza che questo parametro fosse stato invocato dal giudice *a quo*. Particolarmente controverso è il ruolo che assegna al principio dell'equilibrio di bilancio, dato che la Corte gli

7 In questo modo rende giustiziabile il principio del pareggio di bilancio (che viene considerato sostanzialmente non sanzionabile a causa di difficoltà tecnico-procedurali: Gino Scaccia, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, «Il Filangieri. Quaderno 2011», p. 211 ss.; Chiara Bergonzini, *Il c.d. "pareggio di bilancio" tra Costituzione e legge 243 del 2012: le radici (e gli equivoci) di una riforma controversa*, «Studium iuris», 1, 2014, p. 22).

8 Roberto Bin, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in «www.forumcostituzionale.it», 27 aprile 2015, p. 3.

9 A stretto rigore, si può dire che non si tratta di un bilanciamento (Enrico Grosso, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, «Giurisprudenza costituzionali», 1, 2015, p. 81 ss.).

attribuisce il valore di un super principio¹⁰; lo considera un valore che può comprimere la portata di altri valori costituzionali¹¹; lo usa come un *passepoutout* che permette di limitare qualunque situazione soggettiva¹². Un altro rilievo riguarda il motivo che spiega l'inserimento del principio nel giudizio di bilanciamento, ossia la considerazione di opportunità che l'accoglimento secco avrebbe causato uno squilibrio di bilancio e la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva¹³. Queste obiezioni non implicano necessariamente che il principio non debba entrare nel bilanciamento. Al contrario, è opportuno che la Corte ne tenga conto perché rappresenta uno dei fattori che concorrono alla complessa ponderazione dei valori costituzionali¹⁴. Il che introduce la questione, sulla quale torno fra poco, del peso che deve essere assegnato al principio nell'ambito del bilanciamento, e della scelta degli strumenti processuali per tutelarlo.

La sentenza settanta, viceversa, non cita espressamente il parametro dell'art. 81. Parte della dottrina critica il silenzio della decisione in merito alla violazione dell'equilibrio del bilancio¹⁵. Tuttavia, non si può dire che la sentenza ignori la questione delle risorse finanziarie, giacché verifica la ragionevolezza del bilanciamento realizzato dal legislatore fra le esigenze di contenimento della spesa pubblica che giustificano il blocco delle pensioni

10 Ines Ciolli, *L'equilibrio di bilancio è il invitato di pietra nelle sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, p. 704.

11 Alberto Marcheselli, *Capacità contributiva e pareggio di bilancio: una ponderazione che non convince*, «Giurisprudenza italiana», 6, 2015, p. 1326.

12 Simone Scagliarini, *Diritti e risorse: bilanciamento ineguale o ineguaglianza all'esito del bilanciamento?*, «Giurisprudenza italiana», 6, 2015, p. 1334.

13 Guido Rivosecchi, *Ragionando sull'introduzione dell'equilibrio di bilancio, tra incompiuta attuazione della riforma e anticipazioni della giurisprudenza costituzionale*, «www.forumcostituzionale.it», 4, 2016, p. 10.

14 Roberto Romboli, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in in Aa.Vv., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 187.

15 Adele Anzon Demmig, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, «www.osservatorioaic.it», settembre 2015, p. 4 e s.; ead, *Un'inedita altalena nella giurisprudenza della Corte sul principio dell'equilibrio di bilancio*, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, p. 684 s. Per una confutazione di questa tesi cfr. Madia D'Onghia, *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 70/2015, passa dalle parole (i moniti) ai fatti*, «Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale», 2, 2015, p. 344 ss.

e il «diritto a una prestazione previdenziale adeguata». Soprattutto, le «esigenze finanziarie» che la ‘settanta’ ritiene non prevalgano «sui diritti oggetto di bilanciamento», e la «grave violazione dell’equilibrio di bilancio ai sensi dall’art. 81 Cost.» cui fa riferimento la ‘dieci’, sono concetti assimilabili. Infatti, la misura del blocco delle pensioni mira a contenere la spesa pubblica e dunque a permettere l’equilibrio di bilancio, ragion per cui si può dire che la ‘settanta’ tiene conto delle esigenze sottese al principio codificato dall’art. 81 della Costituzione, pur senza citarlo esplicitamente.

Resta, peraltro, un’importante differenza fra le due decisioni. Mentre la sentenza settanta fa riferimento all’obiettivo di contenimento della spesa pubblica che connota la misura legislativa del blocco delle pensioni, la sentenza dieci si riferisce alle conseguenze finanziarie dell’annullamento della disposizione sulla *Robin tax* (aspetto che riprendo nel § 4). Nel primo caso il tema delle esigenze di bilancio assume rilievo in rapporto alla legittimità costituzionale della disposizione impugnata, nel secondo in relazione agli effetti della decisione di accoglimento.

La sentenza centosettantotto segue una via mediana: come accennato, al pari della ‘settanta’ usa la tecnica del bilanciamento per valutare la legittimità costituzionale della disposizione. Al contempo, imita la ‘dieci’ stabilendo che l’illegittimità costituzionale «spiega i suoi effetti a séguito della pubblicazione» della sentenza. In questo caso si tratta di un’illegittimità costituzionale sopravvenuta perché «solo ora si è appalesata appieno la natura strutturale della sospensione della contrattazione». Sembrerebbe, dunque, che la posticipazione degli effetti non sia collegata al timore per l’impatto finanziario della decisione. Resta però un margine di dubbio su questo punto decisivo. La Corte avrebbe dovuto esplicitare meglio le ragioni che la spingono ad adottare tale soluzione¹⁶. Il poco che dice, non cancella il sospetto che la vera ragione sia la preoccupazione per il costo della decisione di accoglimento.

3. *Il posto dei diritti*

Il peso da attribuire ai diritti in ballo è il terzo nodo teorico. La questione va inquadrata partendo dalla constatazione che la crisi economica mette a ri-

¹⁶ Antonio Ruggeri, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi*, «www.questionegiustizia.it», 27 luglio 2015.

schio i diritti sociali¹⁷. Nondimeno, la loro tutela resta un asse portante dello stato costituzionale anche in questa fase storica. Se ciò è vero, il principio dell'equilibrio di bilancio non può prevalere in modo assoluto sulle esigenze di protezione dei diritti sociali¹⁸. Piuttosto, i termini della questione vanno invertiti, attribuendo la prevalenza ai diritti. La Costituzione impone che le esigenze sociali prevalgano sulle esigenze economico-finanziarie, nel senso che il fine del soddisfacimento dei diritti sociali della persona non può essere messo sullo stesso piano del mezzo costituito dall'efficienza economica¹⁹. Quest'indicazione resta sostanzialmente valida nonostante che la costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio comporti il rischio di un abbassamento delle garanzie dei diritti fondamentali²⁰. Da questo punto di vista, la 'settanta' ha il pregio di riportare l'attenzione sui diritti²¹; la 'dieci' appare invece criticabile perché assume una parità assiologica fra diritti e risorse finanziarie²².

Con ciò si giunge al cuore della questione, che consiste nel definire la misura della prevalenza dei diritti. Se fosse assoluta, si cancellerebbe il principio dell'equilibrio di bilancio. Se la tutela dei diritti prescindesse del tutto dalla disponibilità delle risorse finanziarie, si comprometterebbe la sostenibilità a lungo termine delle politiche di *welfare*²³. Non a caso la giurisprudenza costituzionale condiziona variamente la tutela dei diritti sociali alla disponibilità delle risorse²⁴. La 'settanta' è stata criticata perché determinerebbe invece la

17 V., per tutti, Carmela Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2013, Spazio costituzionale e crisi economica*, Jovene, Napoli, 2015, p. 153 ss.

18 Lorenza Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, www.constituzionalismo.it, 3/2015, p. 153; Giulio M. Salerno, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, «www.federalismi.it», 10, 2015, p. 4.

19 Massimo Luciani, *Sui diritti sociali*, in Roberto Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 569.

20 Rischio segnalato da Francesco Bilancia, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, «www.rivistaaic.it», 2, 2012, p. 3.

21 Maurizio Cinelli, *Illegittimo il blocco della indicizzazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte*, «*Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*», 2/2015, p. 445 s.

22 Simone Scagliarini, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, «*Consulta online*», 1/2015, p. 235 (www.giurcost.org).

23 Tomaso Francesco Giupponi, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, «*Quaderni costituzionali*», 1, 2014, p. 69.

24 Marco Benvenuti, *Diritti sociali*, «*Digesto delle discipline pubblicistiche*», aggiornamento V, 2012, Torino, p. 219 ss.; Antonio Ruggeri, *Corti e diritti in tempo di crisi*,

supremazia assoluta dei diritti previdenziali²⁵. In realtà, la sentenza fa correttamente prevalere le esigenze sociali su quelle economico-finanziarie²⁶. Tuttavia, non si preoccupa del notevole impatto finanziario della decisione di accoglimento.

4. Gli effetti finanziari delle decisioni di accoglimento

Il nodo successivo riguarda proprio il rapporto fra la prevalenza dei diritti e le forme per contenere l'impatto finanziario di decisioni di accoglimento (molto) costose. Per inquadrare la questione va premesso che la disposizione costituzionale sul bilancio non preclude l'adozione di sentenze costituzionali che costano²⁷. La premessa resta valida anche dopo la riforma del 2012, che ha novellato l'art. 81 della Costituzione introducendo il principio del pareggio di bilancio²⁸. La Corte non è dunque tenuta a preoccuparsi dell'impatto finanziario delle proprie decisioni. Nondimeno, potrebbe decidere di farlo, particolarmente in tempi di crisi economica, qualora il costo risulti molto elevato²⁹. Se sceglie questa via, deve però evitare che ne discendano effetti negativi sulla tutela dei diritti e sul rispetto delle regole processuali. Decisiva

«www.gruppodipisa.it», 26 settembre 2012, p. 24; Quirino Camerlengo e Lorenzo Rampa, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, «Quaderni costituzionali», 1, 2015, p. 72 ss.

25 Andrea Morrone, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, «www.federalismi.it», 10, 2015, pp. 4 e 7, che attribuisce alla sentenza una «concezione individualistica e spolitizzata dei diritti fondamentali».

26 Elena Monticelli, *Il complesso dibattito in materia di diritti previdenziali e vincoli di bilancio: un commento alla sentenza n. 70/2015*, «www.osservatoriocostituzionale.it», ottobre 2015, p. 16.

27 Gustavo Zagrebelsky, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in Aa.Vv., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 113; Massimo Luciani, *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, ivi, p. 53 ss.; Valerio Onida, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, ivi, p. 26, che si riferiscono all'art. 81 u.c. del testo originario.

28 Massimo Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, «www.cortecostituzionale.it», p. 32 ss.

29 Peraltro, l'accertamento della misura dell'impegno finanziario richiede complesse valutazioni per le quali la Corte non sembra attrezzata.

è la scelta della strategia processuale volta a ridurre il costo della decisione di accoglimento³⁰.

In nome dell'equilibrio di bilancio la Corte limita l'impatto finanziario nella 'centosettantotto', dove compie un tipico bilanciamento finalizzato al controllo di costituzionalità della disposizione, e nella 'dieci', dove realizza il *bilanciamento atipico* di cui dicevo. Al fine di contenere il costo della decisione di accoglimento entrambe le sentenze ne circoscrivono l'effetto nel tempo. Questa strategia processuale presenta alcune rilevanti controindicazioni. In primo luogo, la limitazione temporale di efficacia delle dichiarazioni d'incostituzionalità incide sui diritti illegittimamente limitati (o garantiti) dalla disposizione oggetto della pronuncia di accoglimento³¹. Quanto meno nel senso che i soggetti lesi dalla disposizione incostituzionale ricevono una tutela parziale³².

In secondo luogo, la preoccupazione che attraverso una dichiarazione d'incostituzionalità si crei una situazione ancor più incostituzionale, che spiega la limitazione temporale degli effetti, porta la Corte a cercare soluzioni alternative a quella incostituzionale, caricandosi così di un compito che non le compete³³. Fra l'altro, nulla impedisce che quest'argomento sia esteso in via analogica ai diritti di libertà, che pure "costano"³⁴.

In terzo luogo, facendo decorrere gli effetti dal giorno successivo alla pubblicazione, la Corte rende inapplicabile la pronuncia proprio nel giudizio *a quo* da cui tutto è partito, e quindi contraddice il carattere incidentale della

30 La difficoltà che il giudice costituzionale incontra ad affrontare il tema dei costi a carico del bilancio statale delle decisioni di accoglimento, viene spiegata col fatto che la giustizia costituzionale non nasce per tutelare i diritti sociali, che costano, ma sul diverso terreno della difesa rispetto agli arbitri dell'autorità (Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Mulino, Bologna, 2012, p. 407 s.).

31 Roberto Romboli, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, «www.forumcostituzionale.it», 6 aprile 2015, p. 15.

32 Renzo Dickmann, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare «effetti ancor più incompatibili con la Costituzione»*, «www.federalismi.it», 4, 2015, p. 12.

33 Roberto Romboli, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, cit., p. 16.

34 Scontato il riferimento a Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York, Norton, 1999; trad. it., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Mulino, 2000.

questione³⁵. La scelta di disapplicare il meccanismo della pregiudizialità solleva il tema dei limiti ai poteri della Corte, che non può disporre a piacimento delle regole processuali³⁶. La rottura del legame fra questione di costituzionalità e giudizio *a quo* segna una pericolosa trasformazione del ruolo del giudice costituzionale³⁷.

Fermo restando la preoccupazione di contenere l'impatto finanziario dell'accoglimento, la Corte avrebbe dovuto cercare una strada alternativa che consentisse l'applicazione della decisione al caso *a quo*. I commentatori hanno rilevato che nella 'dieci' avrebbe potuto, per esempio, indicare nella motivazione per quali profili l'effetto dell'annullamento si applica nel giudizio *a quo* nonostante la limitazione degli effetti temporali³⁸; oppure, avrebbe potuto adottare una pronuncia di illegittimità sopravvenuta³⁹; nella 'centosettantotto' avrebbe potuto optare per una retroattività parziale⁴⁰.

35 Roberto Pinardi, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, «Consulta online», 1/2015, p. 229. (www.giurcost.org); Id., *Effetti temporali e nesso di pregiudizialità in una decisione di accoglimento ex nunc*, «Giurisprudenza italiana», 6, 2015, p. 1331.

36 Andrea Pugiotto, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in «www.forumcostituzionale.it», 3 aprile 2015, p. 6; Antonio Ruggeri, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, p. 635 ss.; Ilenia Massa Pinto, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, www.costituzionalismo.it, 1/2015, p. 12; Pasquale Costanzo, *Quando il ruolo della Corte costituzionale è fine a se stesso*, «Giurisprudenza italiana», 6, 2015, p. 1324 s. Né convince il richiamo contenuto nella sentenza all'esperienza di altri corti costituzionali che dispongono del potere di differimento nel tempo degli effetti delle sentenze per effetto di esplicite previsioni costituzionali (Luca Geninatti Satè, *L'irrisolta questione della retroattività delle sentenze di legittimità costituzionale*, «Giurisprudenza costituzionale», 1, 2015, p. 107).

37 Marilisa D'Amico, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, «www.forumcostituzionale.it», 3 aprile 2015, p. 2.

38 Marilisa D'Amico, *Riuscirà la Corte costituzionale a trovare una strada coerente per conoscere i costi delle sue decisioni e modularne gli effetti anche nel tempo?*, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, p. 691.

39 Valerio Onida, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?*, «www.rivistaic.it», 1/2016, p. 7 ss.

40 Maria Mocchegiani, *La tecnica decisoria della sentenza 178 del 2015: dubbi e perplessità*, in «www.forumcostituzionale.it», 17 settembre 2015, p. 2.

In definitiva, le sentenze dieci e centosettantotto circoscrivono le conseguenze finanziarie della decisione di accoglimento con modalità (utilizzo della tecnica del bilanciamento e delimitazione temporale dell'effetto della decisione di accoglimento) che presentano rilevanti controindicazioni sul piano della tutela dei diritti e del rispetto delle regole processuale.

C'è da chiedersi se la Corte avrebbe dovuto manifestare un'analogha preoccupazione anche nella vicenda delle pensioni, considerato il notevole costo della decisione di accoglimento. Per rispondere occorre distinguere fra le 'sentenze che costano' perché comportano l'estensione di trattamenti più favorevoli in base al principio di eguaglianza, e quelle che costano perché pongono rimedio alla violazione di principi costituzionali⁴¹. La distinzione sembra suggerire una risposta negativa poiché la questione del blocco delle pensioni rientra nella seconda categoria, relativa a domande di tutela che non dovrebbero essere condizionate dalla disponibilità di risorse economiche.

C'è però un dato che suggerisce una soluzione diversa. La circostanza che le pensioni siano di entità assai diversa, avrebbe potuto giustificare una decisione di accoglimento a favore dei soli titolari di pensioni più basse. Ciò nel presupposto che il blocco della perequazione per le pensioni d'importo elevato non lede il parametro costituzionale dell'adequatezza del trattamento pensionistico⁴². La 'settanta' avrebbe avuto un impatto finanziario più contenuto se, seguendo questo filo di ragionamento, avesse rimosso il blocco soltanto per le pensioni meno elevate. Il punto debole di questa soluzione è la scelta della tipologia di decisione⁴³. Se la Corte avesse optato per una decisione di accoglimento parziale, riferito alla parte in cui la disposizione estende il blocco anche alle pensioni più basse, sarebbe stata costretta a definire la soglia fra la categoria delle pensioni di importo basso e quella delle pensioni di importo elevato, sconfinando così su un terreno che non le compete. In alternativa si poteva pensare a un'additiva di principio⁴⁴. Ma in questa ipotesi

41 Lorenza Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, «www.costituzionalismo.it», 1, 2013, p. 9 ss.

42 Per l'opinione opposta cfr. Maurizio Cinelli, *Sostenibilità economica e sostenibilità sociale nella recente giurisprudenza costituzionale*, in Marco Barbieri e Madia D'Onghia (a cura di), *La sentenza 70/2015 della Corte costituzionale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Collective Volumes - 4/20 15, p. 26 s.

43 Giorgio Grasso, *Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria*, «www.osservatorioaic.it», 4 febbraio 2016, p. 11.

44 Paolo Veronesi, *La coerenza che non c'è: sugli effetti temporali delle pronunce*

la Corte avrebbe rinviato al legislatore per la concretizzazione normativa del principio.

Sta di fatto che la sentenza riguarda tutte le pensioni di importo superiore a quello percepito dalle “fasce più deboli”. E dunque favorisce anche i titolari delle cosiddette pensioni d’oro⁴⁵.

5. *Le forme di contenimento della spesa*

L’ultimo nodo riguarda i modi prescelti dal legislatore per fronteggiare la crisi economica. Un fattore che condiziona il bilanciamento è il tipo di misura legislativa messa in campo. La Corte muove dal presupposto che la costituzionalità della singola misura dipenda (anche) dalla maniera con cui persegue l’obiettivo.

Nelle due decisioni che utilizzano il bilanciamento nella sua forma tipica, i giudici costituzionali eccepiscono sulle modalità prescelte dal legislatore per conseguire l’obiettivo. La sentenza centosettantotto contesta la durata del blocco della contrattazione per i dipendenti pubblici. Secondo la Corte, «il carattere ormai sistematico di tale sospensione» determina un bilanciamento irragionevole tra libertà sindacale ed esigenze di controllo della spesa pubblica. La ‘settanta’ rileva la durata biennale del blocco e l’incisione sui trattamenti pensionistici meno elevati, che costituiscono interventi «fortemente incisivi» sui diritti oggetto di bilanciamento.

A sua volta anche la sentenza dieci sulla *Robin tax* censura la misura normativa per il modo con cui persegue l’obiettivo. La differenza con le altre è che ciò avviene all’esito del giudizio di proporzionalità fra mezzi e obiettivi piuttosto che a seguito di un giudizio di bilanciamento. La sentenza ravvisa un vizio di irragionevolezza perché il tributo costituisce una «maggiorazione di aliquota che si applica all’intero reddito di impresa, anziché ai soli “sovra-profitti”»; e poi perché non è prevista una delimitazione temporale del suo ambito di applicazione.

d'accoglimento (e sulla sorte dell'«equilibrio di bilancio») dopo le sentenze nn. 10 e 70 del 2015, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, p. 696.

⁴⁵ Sara Lieto, *Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, «www.forumcostituzionale.it», 17 maggio 2015.

6. Oscillazioni e ribellioni

Ciascuna delle tre sentenze ricorre alla tecnica del bilanciamento fra principi contrapposti. Tuttavia assai diverso è lo scopo per cui la Corte fa uso della tecnica; e diverso, conseguentemente, è il peso assegnato ai diritti e ai principi in contrasto. La ‘dieci’, anziché utilizzarla per valutare la legittimità costituzionale della misura legislativa, l’adopera al fine di limitare l’impatto finanziario della propria decisione di accoglimento⁴⁶.

Ciò mette in evidenza un’altra differenza rilevante. La Corte tiene orientamenti opposti riguardo al costo della decisione di accoglimento: nella ‘settanta’ non si preoccupa del forte impatto finanziario; nelle altre due elabora invece una strategia per limitarlo consistente nel circoscrivere gli effetti nel tempo dell’accoglimento. Il problema è che questa strategia impedisce che nel giudizio principale siano tutelati proprio quei diritti di cui la Corte accerta la violazione. Forse si spiega anche così l’atto di ribellione del giudice *a quo* nei confronti della ‘dieci’, consistente nell’applicare nel merito la decisione ignorando la delimitazione temporale degli effetti⁴⁷. Viceversa, la soluzione della ‘settanta’ tutela coerentemente i diritti in ballo, ma presenta il limite di vincolare risorse finanziarie ingenti, che vengono sottratte alle scelte discrezionali di Parlamento e Governo. Di qui la contromossa del Governo che con un decreto legge si riappropria, almeno in parte, della decisione sulla destinazione delle risorse contraddicendo, di fatto, l’operato della Corte⁴⁸. Si configura come una risposta alla sentenza anche il progetto di legge che mira a riformare le regole processuali⁴⁹.

46 Per il rilievo che l’uso incoerente degli argomenti nelle sentenze dieci e settanta rischia di delegittimare la Corte cfr. Erik Longo, Andrea Pin, *Dalla sentenza n. 10 alla n. 70 del 2015: quando la giustizia costituzionale diventa imprevedibile*, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, p. 702.

47 Alessandro Morelli, *Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)*, in «Consulta online», 2/2015, p. 483 ss. (www.giurcost.org). Possibili ribellioni dei giudici a pronunce di questo tipo sono state ipotizzate anche a proposito della sent. 178, Roberto Pignardi, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta»?», «www.forumcostituzionale.it»*, 1 settembre 2015, 3.

48 Mario Esposito, *Il decreto-legge in-attuativo della sent. n. 70/2015 della Corte costituzionale*, «www.osservatorioaic.it», maggio 2015.

49 Andrea Turturro, *Un tentativo di riforma del diritto processuale costituzionale*

Queste varie forme di reazione sono una conseguenza dei “difetti” delle pronunce: da un lato, la mancata applicazione al giudizio *a quo* della decisione d’incostituzionalità della *Robin tax*; dall’altro, la mancata delimitazione dell’impatto finanziario della decisione sulle pensioni. In entrambi i casi, peraltro, si osservano interferenze e sovrapposizioni fra i ruoli rispettivi della politica, impegnata a mettere in campo misure per affrontare la crisi economica, e del giudice delle leggi, che ne giudica la costituzionalità⁵⁰. Mentre Governo e Parlamento agiscono sotto il ricatto dell’emergenza economica sacrificando i diritti sociali, la Corte costituzionale oscilla fra un’eccessiva preoccupazione per il costo della decisione di accoglimento, che la porta a modificare le regole processuali e a esprimere valutazioni di opportunità, e la completa omissione del tema dell’impatto finanziario, col risultato di redistribuire risorse economiche anche in favore di chi forse non ne avrebbe diritto (e certamente bisogno).

a seguito della sentenza n. 70 del 2015, «Quaderni costituzionali», 1, 2016, p. 89 ss.; Carlo Favaretto, *Le conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte costituzionale e l’opinione dissenziente nell’A.S. 1952: una reazione alla sentenza 70/2015?*, «www.osservatorio-sullefonti.it», 2, 2015.

⁵⁰ Forse conviene precisare che il ricorso al giudizio di ragionevolezza non mette in discussione il principio di divisione dei poteri (cfr. Roberto Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, www.dirittoquestionipubbliche.org, 2/2012, p. 128 s.). Sotto questo profilo fa piuttosto problema il modo con cui le sentenze usano la tecnica del bilanciamento.

Bibliografia

- Aa.Vv., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1993;
- Anzon Demmig Adele, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, «Osservatorio costituzionale AIC», 3/2015, settembre 2015, www.osservatorioaic.it;
- Anzon Demmig Adele, *Un'inedita altalena nella giurisprudenza della Corte sul principio dell'equilibrio di bilancio*, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, pp. 679-685;
- Barbera Augusto, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, «Rivista AIC», 2, 2015, www.rivistaaic.it;
- Bergonzini Chiara, *Il c.d. "pareggio di bilancio" tra Costituzione e legge 243 del 2012: le radice (e gli equivoci) di una riforma controversa*, «Studium iuris», 1, 2014, pp. 15-22;
- Bilancia Francesco, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, «Rivista AIC», 2, 2012, www.rivistaaic.it;
- Bin Roberto, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992;
- Bin Roberto, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2012, pp. 115-131, www.dirittoequestionipubbliche.org;
- Bin Roberto, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, «forum di Quaderni costituzionali», 27 aprile 2015, www.forumcostituzionale.it;
- Camerlengo Quirino e Rampa Lorenzo, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, «Quaderni costituzionali», 1, 2015, pp. 59-86;
- Carlassare Lorenza, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, «Costituzionalismo.it», 3, 2015, pp. 137-154, www.costituzionalismo.it;
- Carlassare Lorenza, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, «Costituzionalismo.it», 1, 2013, pp. 1-22, www.costituzionalismo.it;
- Cartabia Marta, *Diritti, giudizi e conflitti*, «Ars interpretandi», 1, 2015, pp. 33-49;

- Cartabia Marta, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, «Corte Costituzionale. Incontri tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese», 24-26 Ottobre 2013, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf;
- Cinelli Maurizio, *Illegittimo il blocco della indicizzazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte*, «Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale», 2, 201, pp. 441-446;
- Cinelli Maurizio, *Sostenibilità economica e sostenibilità sociale nella recente giurisprudenza costituzionale*, in Marco Barbieri e Madia D'Onghia (a cura di), *La sentenza 70/2015 della Corte costituzionale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Collective Volumes – 4, 2015, pp. 24-32;
- Ciolfi Ines, *L'equilibrio di bilancio è il convitato di pietra nelle sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, pp. 702-706;
- Costanzo Pasquale, *Quando il ruolo della Corte costituzionale è fine a se stesso*, «Giurisprudenza italiana», 6, 2015, pp. 1324-1326;
- Dickmann Renzo, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*, «federalismi.it», 4, 2015, www.federalismi.it;
- D'Amico Marilisa, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, «forum di Quaderni costituzionali», 3, 2015, www.forumcostituzionale.it;
- D'Amico Marilisa, *Riuscirà la Corte costituzionale a trovare una strada coerente per conoscere i costi delle sue decisioni e modularne gli effetti anche nel tempo?*, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, pp. 689-691;
- D'Andrea Luigi, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005;
- D'Onghia Madia, *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 70/2015, passa dalle parole (i moniti) ai fatti*, «Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale», 2, 2015, pp. 319-352;
- Esposito Mario, *Il decreto-legge in-attuativo della sent. n. 70/2015 della*

- Corte costituzionale*, «Osservatorio costituzionale AIC», 2, 2015, maggio 2015, www.osservatorioaic.it;
- Favaretto Carlo, *Le conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte costituzionale e l'opinione dissenziente nell'A.S. 1952: una reazione alla sentenza 70/2015?*, «www.osservatoriosullefonti.it», 2/2015, pp. 1-7;
- Geninatti Satè Luca, *L'irrisolta questione della retroattività delle sentenze di legittimità costituzionale*, «Giurisprudenza costituzionale», 1, 2015, pp. 99-108;
- Giupponi Francesco, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, «Quaderni costituzionali», 1, 2014, pp. 51-78;
- Giorgio Grasso, *Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria*, «Osservatorio costituzionale AIC», 1, 2016, 4 febbraio 2016, pp. 1-14 www.osservatorioaic.it;
- Grosso Enrico, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, «Giurisprudenza costituzionali», 1, 2015, pp. 79-90;
- Holmes Stephen, Sunstein Cass R., *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York, Norton, 1999; trad. it., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Mulino, 2000;
- Lieto Sara, *Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, «forum di Quaderni costituzionali», 14 maggio 2015, www.forumcostituzionale.it;
- Longo Erik, Pin Andrea, *Dalla sentenza n. 10 alla n. 70 del 2015: quando la giustizia costituzionale diventa imprevedibile*, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, pp. 697-701;
- Luciani Massimo, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, «Corte Costituzionale Atti di Convegni e Seminari», 22 novembre 2013, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Seminario2013_Luciani.pdf;
- Luciani Massimo, *Sui diritti sociali*, in Roberto Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 545-576;
- Luther Jörg, *Ragionevolezza (delle leggi)*, «Digesto delle discipline pubblicistiche», XII, 1997, pp. 341-362;
- Marcheselli Alberto, *Capacità contributiva e pareggio di bilancio: una pon-*

derazione che non convince, «Giurisprudenza italiana», 6, 2015, pp. 1326-1329;

Massa Pinto Ilenia, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, «Costituzionalismo.it», 1, 2015, pp. 1-19, www.costituzionalismo.it;

Mocchegiani Maria, *La tecnica decisoria della sentenza 178 del 2015: dubbi e perplessità*, «Forum di Quaderni costituzionali», 17 settembre 2015, www.forumcostituzionale.it;

Monticelli Elena, *Il complesso dibattito in materia di diritti previdenziali e vincoli di bilancio: un commento alla sentenza n. 70/2015*, «Osservatori costituzionale AIC», 2, 2015, ottobre 2015, www.osservatorioaic.it;

Morelli Alessandro, *Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)*, in «Consulta online», 2, 2015, pp. 483-448, www.giurcost.org;

Morelli Alessandro, *La Corte nel gioco dei bilanciamenti*, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, pp. 707-712;

Morrone Andrea, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014;

Morrone Andrea, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, «federalismi.it», 10, 2015, www.federalismi.it;

Onida Valerio, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?*, «Rivista AIC», 1, 2016, www.rivistaic.it;

Paladin Livio, *Ragionevolezza (principio di)*, «Enciclopedia del diritto», aggiornamento I, 1997, pp. 899-911;

Pinardi Roberto, *Effetti temporali e nesso di pregiudizialità in una decisione di accoglimento ex nunc*, «Giurisprudenza italiana», 6, 2015, pp. 1329-1332;

Pinardi Roberto, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisio-*

- ne di accoglimento con clausola di irretroattività*, «Consulta online», 1, 2015, pp. 220-231, www.giurcost.org;
- Pinardi Roberto, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta»?*, «forum di Quaderni costituzionali», 1 settembre 2015, www.forumcostituzionale.it;
- Pino Giorgio, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, «Ragion pratica», 28, 2007, pp. 1-57;
- Pugiotto Andrea, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, «forum di Quaderni costituzionali», 3 aprile 2015, www.forumcostituzionale.it;
- Rivosecchi Guido, *Ragionando sull'introduzione dell'equilibrio di bilancio, tra incompiuta attuazione della riforma e anticipazioni della giurisprudenza costituzionale*, «forum di Quaderni costituzionali» 4, 2016, www.forumcostituzionale.it;
- Romboli Roberto, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, «Forum di Quaderni costituzionali», 6 aprile 2015, www.forumcostituzionale.it;
- Ruggeri Antonio, *Corti e diritti in tempo di crisi*, «Gruppo di Pisa», 26 settembre 2012, www.gruppodipisa.it;
- Ruggeri Antonio, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più «sregolata» dei suoi processi*, «Questione giustizia» 27 luglio 2015, www.questionegiustizia.it;
- Ruggeri Antonio, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, pp. 635-644;
- Salazar Carmela, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2013, Spazio costituzionale e crisi economica*, Joevene, Napoli, 2015, pp. 153-236;
- Salerno Giulio M., *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, «federalismi.it», 10, 2015, www.federalismi.it;
- Scaccia Gino, *Il bilanciamento di interessi come tecnica di controllo costituzionale*, «Giurisprudenza costituzionali», 6, 1998, pp. 3943-4000;
- Scaccia Gino, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, «Il Filingieri», Quaderno 2011, pp. 211-247;

Scagliarini Simone, *Diritti e risorse: bilanciamento ineguale o ineguaglianza all'esito del bilanciamento?*, «Giurisprudenza italiana», 6, 2015, pp. 1332-1337;

Turturro Andrea, *Un tentativo di riforma del diritto processuale costituzionale a seguito della sentenza n. 70 del 2015*, «Quaderni costituzionali», 1, 2016, p. 89 -91;

Veronesi Paolo, *La coerenza che non c'è: sugli effetti temporali delle pronunce d'accoglimento (e sulla sorte dell'«equilibrio di bilancio») dopo le sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, «Quaderni costituzionali», 3, 2015, pp. 692-696.

Zagrebelsky Gustavo, Marcenò Valeria, *Giustizia costituzionale*, Mulino, Bologna, 2012;

Zagrebelsky Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Mulino, Bologna, 1988.

DIVERSITÀ CULTURALE E DECISIONE GIUDIZIALE: TRA USO RETORICO E ARGOMENTAZIONE RAZIONALE

Claudia Rosane Roesler

Introduzione

Fra i vari modi di mettere in rapporto “diversità” e “cultura”, non si incontrano di frequente approcci che propongano di intrecciare la questione con le decisioni giudiziali e gli argomenti usati dai giudici nel ragionamento giudiziale. Le pagine che seguono corrispondono al tentativo di individuare un possibile itinerario di ricerca in questo campo. In particolare è mia intenzione considerare come si riflette nella giurisprudenza giudiziale la interazione tra spazi giuridici differenti e separati.

Ho pensato a questo tema¹ quando, riflettendo sul modo in cui i giudici fanno riferimento a diverse forme di diritto straniero (norme legali, decisioni, dottrina), mi sono trovata davanti ad una ampia bibliografia² che discute questo fenomeno nei termini di: trasferimento di diritti, transcostituzionalismo, ibridazione di diritti, transgiudizialismo ecc. In questa discussione, interessante e profonda, si può riscontrare una grande attenzione nel fatto della circolazione del diritto ma quasi nessuna analisi sul modo attraverso il quale il discorso giudiziale assorbe il diritto straniero.

1 Queste pagine costituiscono una rielaborazione del paper presentato e discusso nel Workshop “Diritti, Giustizia, Diversità: Percorsi di Ricerca dal Laboratorio Latino Americano”, tenuto a Macerata nel 24 giugno 2015. Ringrazio il collega Massimo Meccarelli per i commenti e la revisione del testo.

2 Su questo e almeno come esempio, si può vedere: Anne-Marie Slaughter, *A typology of Transjudicial Communication*, «University of Richmond Law Review», 29, 1994-1995, pp. 99-139; Luiz Magno Pinto Bastos Jr., *Limits and Possibilities of the use of foreign material by courts, in constitutional adjudication: redefining the role of comparativism in theories of constitutional interpretation*, VII World Congress of the International Association of Constitutional Law, Atenas, 2007, www.enelsyn.gr; Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy: the strategic uses of foreign and international Law by National Courts*, «American Journal of International Law», 102, 2, April 2008, pp.241-274; André Lipp Pinto Basto Lupi, *O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas*, «Revista Eletrônica Direito e Política», 4, 3, 2009, pp. 293-314; Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

Se l'immagine della decisione giudiziale è quella di un discorso razionale, guidato da regole di forma e con contenuti previsti, anche se in senso generale, da un ordinamento giuridico che viene dato in anticipo e non può essere cambiato, si spererebbe che gli elementi di diritto straniero non possano essere usati come fondamento della decisione, senza una adeguata giustificazione del modo in cui regole, principi e categorie di diritto straniero possano integrarlo. Anzi, sarebbe necessaria una spiegazione del modo per il quale si sceglie tale diritto straniero e perché è capace di illuminare il problema giuridico sottoposto al giudice. Più ancora di questo, per giustificarne l'uso, dovrebbe essere tematizzato il contesto nel quale la norma legale, la decisione o la dottrina viene sviluppata. Come si evidenzierà meglio avanti, non sempre questi elementi sono presenti nelle decisioni giudiziali.

In questo contesto di riflessione, quindi, la diversità tra diritti ma anche, come cercheremmo di mostrare, tra culture del diritto, si pone come un dato di realtà, che deve essere messo in relazione con la spazialità e la temporalità dell'ordinamento giuridico. Tutti i fenomeni giuridici hanno uno riferimento spaziale e temporale che dona loro anche il senso di applicabilità alla realtà. Sottrarli dal proprio luogo e/o dal proprio tempo significa cambiarne il significato. Ogni volta che si argomenta utilizzando una norma, una sentenza o una dottrina straniera, "qualcosa" cambia nell'ordinamento interno, ma, molto probabilmente, si altera anche il significato del concetto, dell'idea o dell'istituto giuridico utilizzato. Ricercare questo significa provare a capire come una cultura giuridica si trasforma continuamente, nel dialogo con il contesto esterno di riferimento.

Dal mio punto di osservazione, la teoria dell'argomentazione giuridica, una sentenza può utilizzare riferimenti al diritto straniero in almeno due modi: per fondare la decisione oppure semplicemente per rendere il proprio discorso più bello e persuasivo³. Per fare riferimento a questa doppia funzione si può utilizzare anche la distinzione tra "ratio decidendi" e "obiter dicta". La prima è considerata la ragione con la quale si fonda la decisione in se e senza la quale questa decisione non si sostenterebbe. Le seconde sono tutti i commenti, citazioni, formule retoriche diverse che servono a rafforzare il discorso, ma non costituiscono la sua base.

La domanda, in questo ambito di ricerca, è come individuare, in senso metodologico, una forma di analisi che ci permetta di capire cosa fanno i giu-

3 Su questo tema si può vedere Neil McCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

dici quando si riferiscono al diritto straniero e se questi riferimenti possano significare un dialogo interculturale oppure un dialogo capace di rispettare e attribuire un senso alla diversità culturale.

Le premesse che guidano questo lavoro possono, dunque, essere riasunte come segue: l'argomentazione giuridica è il modo per il quale i giuristi realizzano "il miracolo" della circolazione dei diritti, dei concetti e degli istituti giuridici, mostrandoli come adatti al proprio contesto interno. In questo senso, si possono vedere due possibili usi nei riferimenti al "diritto" straniero:

a) Una argomentazione razionale che cerca di trovare genuinamente una soluzione giuridica per il problema che si esamina;

b) Un uso retorico che serve a rafforzare la soluzione costruita con altri riferimenti.

Per avvicinarmi al fenomeno che pretendo studiare, ho scelto una forma di ricerca applicata, fissando lo sguardo sulla realtà brasiliana. Questa realtà, che ho sottoposto ad una analisi continuativa negli ultimi anni, può servirci come punto di osservazione privilegiato, perché è marcata per una elaborazione costante di istituzioni e dottrine "importati" dai centri culturali considerati "sviluppati" e può servire per ragionare sulle forme di dominazione culturali ancora esistenti nei paesi che hanno avuto una storia coloniale.

Si tratta di una riflessione che non è esattamente compiuta ma è ancora in corso, nel senso che è più un'ipotesi di lavoro che una conclusione definitiva. Essa nasce da due progetti di ricerca, uno già realizzato, uno ancora in corso. Più avanti sarà possibile capire meglio i risultati apparsi nel primo e dove si vuole andare con il secondo.

Il tema della diversità sarà riletto qui come chiave per verificare se, nel passaggio da un ordinamento giuridico all'altro, questo uso può significare una vera comunicazione tra culture giuridiche diverse, oppure soltanto un modo in più di riassicurare circa la correttezza della soluzione istituzionale trovata per un problema giuridico.

Per riflettere sul tema, dividerò questo saggio in tre parti: la prima sarà dedicata ad alcune precisazioni concettuali o chiarimenti, che sono necessari per le altre due o per definire adeguatamente il sottofondo dell'indagine. La seconda spiega in termini generali la teoria dell'argomentazione ed i suoi concetti principali. La terza presenta la ricerca sulle decisioni brasiliane e prova a mettere in rapporto le premesse costruite lungo il saggio.

Diversità, Argomentazione e Diritti

Come ci suggerisce Massimo Meccarelli ⁴, «Diversità, diritto e spazio s'intrecciano anche sotto un altro aspetto. Si può, infatti, considerare la diversità (differenza) intesa come parametro per interpretare i fenomeni giuridici. Si tratterebbe ad esempio di recuperare e sviluppare ulteriormente il campo dei trasferimenti concettuali, delle ibridazioni, delle comparazioni, della circolazione del diritto, degli spazi giuridici».

Parto dalla premessa che questa ibridazione non è mai fatta senza un intreccio profondo nella cultura giuridica. Per "cultura giuridica" intendo la forma per la quale i giuristi capiscono cos'è il diritto e dove nascono i diritti. Intendo anche che, dentro uno spazio e un tempo determinati, si considera "normale" argomentare in certo modo quando si parla sul diritto. In questo senso c'è una forma di argomentare che ci permette di tradurre quello che è il contenuto del diritto. La forma di argomentare non è mai completamente spiegata o esplicitamente discussa, ma si rivela nella misura in cui i partecipanti della cultura giuridica l'acquisiscono come naturale nelle proprie pratiche discorsive. In questo senso, importante ricordare che anche fare riferimenti alla dottrina, alle decisioni giudiziali e alla Legge può essere una pratica molto diversa tra le tradizioni culturali appartenente alla stessa famiglia giuridica. Così, per esempio, quello che è "normale" in Italia potrebbe essere strano ai giuristi brasiliani e vice-versa⁵.

4 Nel saggio, *Diritti, diversità, diritto: orizzonti di possibilità per una storia della tutela giuridica* pubblicato in questo stesso volume.

5 La descrizione di Alexandra Braun, per esempio, rivela questo processo di "denaturalizzazione" che la comparazione giuridica può fare, anche se nel suo paper si tratta di comparare tradizioni diverse perché appartenenti a famiglie giuridiche diverse tra di loro: «Considering the development just described, an English lawyer looking at an Italian law report and examining a sample of judgments would be rather surprised at the absence therein of any detailed quotation of academic literature. In other words, an Italian judgment containing references to an author is a most unusual exception. On the other hand, one encounters expressions such as 'prevalent legal doctrine' (dottrina prevalente), 'dominant legal doctrine' (dottrina dominante) or 'majority of legal doctrine' (dottrina maggioritaria) which are used to indicate the opinion on a certain matter as reflected in the majority of writings. When a minority view is referred to, courts speak instead of the 'dottrina minoritaria'. In recent years, one also often comes across references to what is called the 'authoritative legal doctrine', an expression which normally alludes to the work of the most learned jurists. It is, however, to be noted that this phrase is also used when judges refer only to a single author who has a well established reputation. In this case, even though the name

Sarebbe interessante capire, tra altre cose, come si scelgono gli spazi giuridici dai quali si importano gli argomenti; come, tra lo spazio originale e il nuovo, si procede a una trasformazione del senso, della portata o della funzione dell'istituto giuridico, del concetto o dell'idea di cui ci sta appropriando. Così, appare importante comprendere anche con chi si relaziona una cultura giuridica; scegliere da dove importare norme, concetti o soluzioni giuridiche non è, sicuramente, indifferente.

Poi, è sicuramente rilevante capire come l'uso è operato; in particolare:

a) classificare le forme argomentative con le quali si invoca il diritto straniero;

b) se si argomenta sulla pertinenza del loro uso o se esse vengono invocate come qualcosa di "naturalmente" pertinente.

Colui che argomenta, lo fa sempre dentro un contesto, più o meno consapevole, di forme accettate come giuste o "normali"; egli, quindi, organizza il proprio discorso in modo da realizzare due compiti che non possono essere disconnessi: convincere i propri destinatari che la soluzione è giusta in senso tecnico-giuridico ed in senso morale; mostrarla come inserita adeguatamente nell'ordinamento giuridico preesistente. L'argomentazione giuridica è costretta per due vincoli: deve essere fatta con riguardo ad un ordine giuridico che viene accettato come vincolante; deve distinguersi per offrire la migliore soluzione possibile con riguardo a regole che non sono disponibili all'interprete.

Considero l'argomentazione giuridica come un complesso gioco di ombre e luci nel quale lo sviluppo del diritto dipende dalla capacità degli interpreti di mostrare continuità ed innovazione come le due facce della stessa medaglia. In ogni caso, ossia, quando è più luce o più ombra, il gioco consiste nel mostrare la discontinuità come solo apparente e la scelta di un nuovo corso di azione o di decisione come un sviluppo "naturale" di quanto è già nell'ordinamento. Questo significa dire che, anche quando si crea nuovo diritto o si fanno delle innovazioni importanti nella forma di applicarlo, non si dice pubblicamente ed esplicitamente che stiamo davanti a creazioni giurisprudenziali.

Tutto ciò serve ad osservare che interessa, soprattutto, riflettere sul modo in cui una teoria dell'argomentazione giuridica ci può aiutare a capire questi fenomeni dall'interno. Non intendo riflettere teoricamente sul feno-

of the author is not mentioned, it is often not difficult to understand who is being referred to.» Alexandra Braun, *Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango*, «Oxford Journal of Legal Studies», 26, 4, 2006, pp. 665-681.

meno della circolazione di diritti, ma capire “come si fa”, dentro un contesto argomentativo, questo lavoro. Voglio dire che i soggetti che mi interessano sono il giudice, l'autore dei libri di dottrina, il professore, alcune volte forse il Legislatore. Per me, il diritto non viene fatto dal Legislatore, ma viene costruito permanentemente da tutti questi attori sociali, perché le norme giuridiche non hanno un senso, ma qualcuno dona loro un senso. Dunque, in questo processo, mi sembra una chiave di lettura interessante vedere come vengono utilizzati i riferimenti alla giurisprudenza straniera (intesa qui in senso largo).

Prima, però, di andare avanti con la riflessione, dovrei presentare, anche se in modo abbastanza rapido, due prospettive metodologiche della teoria dell'argomentazione giuridica, entrambe nate nel Novecento.

La teoria dell'argomentazione “standard” e la teoria retorica

La nascita della teoria dell'argomentazione giuridica è normalmente attribuita alle opere di tre autori, lungo gli anni cinquanta del Novecento. Theodor Viehweg, con il suo libro *Topik und Jurisprudez*, nel 1953, Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, con il *Traité de l'Argumentation: la nouvelle Rhétorique*, nel 1958 e Stephen Toulmin, con il *The Uses of Argument*, anche nel 1958.

I tre libri, nel complicato contesto teorico, politico e sociale del dopo guerra, avviano una riflessione sulle forme argomentative alternative a quelle considerate autorevoli, nate insieme al paradigma moderno della scienza sperimentale o matematica. Ognuno al suo modo, i tre libri provano a riscattare l'idea di un'argomentazione razionale anche quando si va oltre le forme della logica analitica e, perciò, provano a mostrare come il discorso politico, giuridico, morale o quello della vita pratica, hanno le proprie pretese di razionalità e possono essere valutati secondo modelli, discussi secondo parametri e, quindi, possono aiutare l'uomo nel suo costante compito decisorio⁶.

6 Perelman e Tyteca cominciano il loro *Traité* affermando chiaramente quest'idea: “La publication d'un traité consacré à l'argumentation et son rattachement à une vieille tradition, celle de la rhétorique et de la dialectique grecques, constituent *une rupture avec une conception de la raison et du raisonnement, issue de Descartes*, qui a marqué de son sceau la philosophie occidentale des trois derniers siècles. En effet, alors qu'il ne viendra à l'esprit de personne de nier que le pouvoir de délibérer et d'argumenter ne soit un signe distinctif de l'être raisonnable, l'étude des moyens de preuve utilisés pour obtenir l'adhésion, a été complètement négligée depuis trois siècles par les logiciens et les théoriciens de

Perelman, Tyteca e Viehweg recuperano l'antico patrimonio della cultura occidentale, il pensiero greco-latino sulla Retorica. Entrambi i libri riscattano Aristotele e sottopongono a una rilettura i suoi libri dell'*Organon*. Perelman e Tyteca sono più interessati nella Retorica classica e rimettono a gioco l'idea del discorso come nato dal rapporto tra oratore ed il suo auditorio⁷. Viehweg è più interessato nella *Topica* e prova a mostrare che la giurisprudenza, intesa come il ragionamento del giurista, è un pensare per problemi e, per conseguenza, ha una struttura topica e non sistematica come gli sforzi dei giusnaturalisti moderni ci hanno fatto credere.

Toulmin, da filosofo della scienza, prova a ricostruire la logica di quello che propone chiamare l'argomentazione della vita pratica e critica la eccessiva concentrazione dei logici moderni e contemporanei sulle forme. Così, dice lui, abbiamo ignorato e lasciato fuori dalle nostre indagini, tutto un campo importante per capire come gli esseri umani argomentano partendo da pretese di razionalità.⁸

Dei tre citati, il libro che si dedica più direttamente alla teoria dell'argomentazione giuridica è quello di Viehweg⁹. La sua rilettura di Aristotele e Cicerone serve a dire che nell'Antichità classica avevamo scoperto qualcosa di fondamentale, che poi abbiamo dimenticato: l'uomo ha un bisogno di deliberare esattamente sulle cose che non sono già date in natura e per farlo è necessario contrastare opinioni, scegliere le autorità affidabili, esaminare la

la connaissance. » Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation: la nouvelle Rhétorique*, 5. ed., Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, 1992, p.1.

7 “[...] cette idée d’adhésion et d’esprits auxquels on adresse un discours est essentielle dans toutes les théories anciennes de la rhétorique. Notre rapprochement avec cette dernière vise a souligner le fait que *c’est en fonction d’un auditoire que se développe toute argumentation [...]*”, Perelman e Olbrechts-Tyteca, *Traité*, cit., p. 7.

8 Philippe Breton e Gilles Gauthier, quando analizzano il contributo di Toulmin alla moderna teoria dell'argomentazione dicono: «A iniciativa de Toulmin é largamente heurística. Como escreve no início da introdução a *The Uses of Argument*, a sua intenção declarada é atrair a atenção para o campo da investigação da argumentação e não tanto dar-lhe um tratamento sistemático. Segue este intuito com uma ideia muito precisa: como sublinha na conclusão sua tentativa de balizagem da argumentação baseia-se, essencialmente, na contestação da formalização da lógica.» Philippe Breton e Gilles Gauthier, *História das Teorias da Argumentação*, Lisboa, Editorial Bizâncio, 2001, p. 75.

9 Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., München, C.H. Beck, 1974. Si può anche utilizzare la edizione italiana, curata da Giuliano Crifó, *Topica e Giurisprudenza*, Milano, Giuffré, 1962.

qualità delle premesse. Nel campo della politica, dell'etica e quindi, del diritto, non abbiamo delle verità necessarie, ma abbiamo la esperienza umana a guidarci. Per capirla e assicurare una tecnica di ragionamento, che ci permetta essere sicuri delle conclusioni, ci sono la retorica, la topica e la dialettica¹⁰.

Viehweg afferma che oltre tutto quello che abbiamo cambiato nella forma di capire il diritto, la nostra forma di ragionare è ancora la stessa degli antichi, ossia, quella che hanno inaugurato i romani. Partendo da un problema – giudiziale o no – il giurista prova a individuare una buona risposta per risolverlo. Per rispondere, cerca nelle sue fonti dei punti di partenza per costruire un ragionamento che sia verosimile e accettato dai giuristi. Più importante, che il sistema nel quale si inserisce il problema e la sua risposta, è la capacità di rispondere adeguatamente e con riguardo alla realtà. Così, i giuristi fanno un lavoro costante e abbastanza invisibile di innovazione e inserzione delle novità dentro una tradizione giuridica. Il diritto è, in questo senso, meno il risultato del provvedimento del Legislatore e più il risultato della interazione continua tra Legislatore, giudici e dottrina. Non viene, però, fatto semplicemente da un sistema ordinato di regole. Il diritto è una *praxis*¹¹.

Come si può immaginare, queste opere hanno compiuto un lavoro molto importante negli anni successivi ma hanno anche provocato una grandissima polemica in un ambiente di discussione abbastanza dominato dal positivismo scientifico e giuridico¹². Sicuramente alcune delle critiche erano giuste e hanno fatto sviluppare la teoria dell'argomentazione contemporanea in modo ad evitare le esagerazioni dei primi autori.

È solo nella fine degli anni 70 del Novecento che un altro movimento così importante si farà notare, dando nascita a quello che si può considerare la

10 Alcuni concetti utilizzati da Viehweg nella sua opera inaugurale saranno poi approfonditi e messi in rapporto con nuovi concetti nei saggi delle decadi successive, riuniti nella opera *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie: Gesammelte kleine Schriften*, Baden-Baden: Nomos, 1995. I saggi sono anche disponibili nella versione spagnola, curata da Ernesto Garzón-Valdez, *Tópica y Filosofía del Derecho*, 2. ed, Barcelona, Gedisa, 1997.

11 Per una visione complessiva dell'opera di Viehweg si permetta di rinviare a Claudia Roesler, *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*, 2. ed, Belo Horizonte, Arraes, 2013.

12 Un riassunto delle critiche può essere trovato in Manuel Atienza, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

teoria standard dell'argomentazione giuridica. Robert Alexy¹³ e Neil MacCormick¹⁴ pubblicano dei libri essenziali per capire le pretese di razionalità e gli strumenti di analisi e valutazione dell'argomentazione giuridica. Alcuni anni dopo, opere di Aulis Aarnio, Alexander Peczenik, Manuel Atienza¹⁵ e altri, vengono a costituire il *corpus* di questa visione sulla teoria dell'argomentazione.

In tale fase, più che preoccuparsi della discussione sul ruolo della logica analitica e affermare il ruolo decisivo della ragione pratica, come avevano fatto Perelman, Viehweg e Toulmin, gli autori svolgono modelli di analisi e di valutazione dell'argomentazione. I modelli sono sviluppati per dimostrare come, in "hard cases" è possibile argomentare razionalmente e indicare dei fondamenti decisionali che ci permettono di controllare la soggettività del giudice. La teoria dell'argomentazione diventa, in questo senso, una teoria essenzialmente preoccupata della decisione giudiziale e usa come materiale per la sua riflessione le reali decisioni prese dalle Corti. Il suo compito centrale è la definizione di parametri di razionalità sufficienti per definire una decisione come giustificata. Così, più che come una teoria della decisione giudiziale, è giusto considerarla come una teoria della giustificazione giudiziale.

Come il lettore avrà intuito da questa sommaria descrizione, una simile teoria pone una certa concezione della razionalità al centro del suo sviluppo. La teoria dell'argomentazione giuridica che abbiamo qualificato come "standard", in questo senso, si basa su una teoria forte della razionalità, pensandola discorsiva e procedimentale, capace di attribuire la sua forza ai discorsi fatti secondo le regole di una pratica. La pratica sociale è, allo stesso tempo, osservata nelle sue caratteristiche empiriche e valutata nella sua correttezza. Il modello di analisi e valutazione permette prima capire e poi affermare quando una decisione può essere considerata razionale oppure no.

La tradizione retorica, come si è cercato di mostrare, è la radice dalla

13 Robert Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983.

14 Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978 (2nd edition in 1994 with Oxford University Press). La versione più recente della teoria dell'argomentazione giuridica di MacCormick è nell'opera *Rethoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

15 Per avere una visione completa di questo momento teorico, si può utilizzare l'opera di Manuel Atienza, *Las Razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

quale gli autori della prima fase – Viehweg e Perelman – ricavano la ispirazione necessaria per inventarsi una riflessione nuova sul problema de ragionamento giuridico e quando lo fanno, non hanno ancora la preoccupazione di formulare dei modelli. È difficile stabilire quanto, in questi autori, c'è una concezione di razionalità forte come quella che possiamo incontrare dopo.

Dal rapporto con la retorica e con gli autori come Viehweg e Perelman nacque anche una riflessione più preoccupata con la dimensione strategico-retorica del discorso giuridico. Per differenziarle la chiameremo “teoria retorica dell’argomentazione”¹⁶. In questa versione il problema non è di definire un modello che ci permetta di presentare una critica alle decisioni perché queste non hanno delle caratteristiche previamente fissate di razionalità, ma capire come il discorso giuridico costruisce una realtà simbolica linguistica propria e in essa si giocano più che pretese di razionalità, pretese di costruzione di rapporti di senso e di potere attraverso la persuasione dei discorsi.

Nella teoria retorica dell’argomentazione giuridica si fanno analisi di decisioni e, ovviamente, per farle si costruiscono modelli metodologici che dipendono di una teoria del diritto. La differenza fondamentale è che non si prova a valutare le decisioni, i discorsi o la pratica giuridica. Molto più descrittiva, tale teoria permette la critica perché vuole mostrare, esplorando le tecniche retoriche usate, le variazioni di discorso, le ripetizioni, come i giuristi e soprattutto i giudici giocano con le carte che hanno in mano, quando si tratta di risolvere problemi giuridici. La sua pretesa non è, però, fornire un modello che ci permetta di correggere o migliorare la pratica giudiziaria o argomentativa in senso generale. Una forte componente scettica fa di questa teoria una versione molto “esterna” alla pratica giuridica reale, al contrario della versione standard, che può essere considerata, oppure criticata, perché offre una visione molto “interna” dalla pratica argomentativa dei giudici.

Fatta questa sommaria presentazione delle due forme della teoria dell’argomentazione, possiamo tornare al tema principale e provare a chiudere il nostro ragionamento.

16 Cfr. Ottmar Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1970 e *Analyse de la Jurisprudence à l'aide d'un modèle de la science sociale*, «Archives de Philosophie du Droit», 14, 1969, pp. 257-264; Waldemar Schreckenberger, *Rhetorische Semiotik: Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichtes*, München, Alber, 1978; Katharina Sobota, *Rhetorisches Seismogramm - eine neue Methode in der Rechtswissenschaft*, „Juristenzeitung“, 47, 1992, pp. 230-237; ead., *The rhetorical construction of Law*, «International Journal for the Semiotic of Law», V, 13, 1992, pp. 39-54.

Le sentenze brasiliane come campo di ricerca

Come già detto, questo tema è nato dai risultati di uno studio che ho condotto, con un gruppo di ricerca, dal 2010 al 2014. Abbiamo analizzato le principali sentenze della Corte costituzionale brasiliana, insieme ad alcune altre delle altre Corti superiori brasiliane. Lì si vedeva, in modo molto chiaro, che, analizzati da un punto di vista della teoria dell'argomentazione standard, non si può dire che la giustificazione delle decisioni sia comprensibile come "razionale" in senso stretto e, quindi, si dovrebbe leggerle con un'altra chiave di lettura, più "retorica" e meno "razionale". Perciò, per interpretare il risultato della ricerca in modo più adeguato si doveva ricercare – e questo è il secondo progetto – come, nella storia della cultura giuridica brasiliana, si è sviluppata questa forma di argomentare¹⁷.

Dalla ricerca sulle sentenze in un arco temporale più lungo, ossia, dalla metà dell'Ottocento in poi, si vede una traccia costante: i giudici delle Corti superiori ricorrono spesso alla dottrina, alle leggi o alle sentenze stranieri. Anche se non abbiamo finito e non è possibile dire, ancora, come cambiano i riferimenti (e sicuramente cambiano lungo il tempo), sembra interessante domandarsi perché questo aspetto è costante.

Quale sarebbe, dunque, la differenza tra applicare le due prospettive metodologiche/teoriche della teoria dell'argomentazione che abbiamo disegnato?

Nella prima si ragiona dall'interno di una pratica sociale, quella degli Stati democratici del Novecento nei quali la Costituzione funziona come un limite argomentativo molto importante, anche se viene costantemente reinterpretata. I criteri di "valutazione" che permettono di dire che una decisione è più o meno "razionale" vengono, così, costruite in diretto riferimento a questo contesto storico-politico e fungono di "misura".

Discutere, per esempio, il grado di "universalità" di una premessa normativa – o di quella che fissa i fatti del processo giudiziale, la coerenza della soluzione trovata con l'ordinamento giuridico, inteso come premessa di base, le conseguenze giuridiche della soluzione in riguardo allo sviluppo futuro del diritto – equivale ad impiegare criteri che ci permettono di separare il razionale da quello che non è, e poi di classificare secondo gradi di razionalità.

17 Si veda al riguardo Claudia Roesler, *Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica // between the paroxysm of reasons and no reason at all: paradoxes of a legal practice*, "Direito.UnB", 2, 1, janeiro-abril, 2016, pp. 79-95.

Cosa si può ricavare quando si utilizza un tale modello? Si accerta la forma interna al modo di argomentare che usano i giuristi, quando propongono soluzioni e argomenti particolari per giustificare la soluzione. Si è capaci di dimostrare come, nel discorso di una sentenza, il giudice ha giustificato la soluzione trovata e come questa soluzione può essere intesa nel suo vincolo con le altre norme dello stesso ordinamento.

Qui, per esempio, se un giudice usa l'argomento delle sentenze, leggi o dottrine straniere, sarebbe necessario considerare che, per un argomento razionalmente fondato, egli dovrebbe fare anche una correlazione con il proprio ordinamento giuridico, per dimostrare come, nel proprio contesto, abbia senso usare una soluzione costruita altrove.

Un simile approccio ci permetterebbe di capire come – ed un'altra volta in più – dall'interno del modo di ragionare del giurista pratico, una soluzione possa essere importata.

Con gli schemi argomentativi sviluppati negli ultimi anni, la teoria standard cerca di riflettere sul trasferimento di concetti giuridici, la circolazione di diritti e altri temi correlati, in modo di riaffermare la sua natura "razionale", sempre che un certo schema giustificatorio possa essere identificato.

Dall'altra parte, se si vede il problema con l'altro approccio – quello retorico – il trasferimento dei concetti, la giustificazione che utilizza come riferimento un elemento ripreso da un altro ordinamento giuridico, vengono spiegati come un ricorso retorico in più e possono essere ricercati e classificati secondo le variazioni del loro reale impiego: quale ordinamento giuridico, con quale frequenza, quali sono gli autori più citati, in quali circostanze sociali o politiche si fa riferimento ecc.

Qui, come si vede, l'analisi è sempre più descrittiva. Lì, come si può capire, il modello, invece, mette accanto alla parte analitica una forte componente prescrittiva.

Allora, per finire, cosa abbiamo trovato fino adesso nella nostra ricerca e cosa questo significa per una discussione metodologica dei limiti della teoria dell'argomentazione giuridica?

La prima cosa interessante è che questo, nella argomentazione giudiziale brasiliana non è un fenomeno nuovo, ossia, non fa parte, necessariamente, da questo che si discute adesso con tanti nomi diversi: transcstituzionalismo, ibridazione, circolazione del diritto....

Sembra che dal Tribunale Supremo dell'Impero, ossia, già nell'Ottocento, i nostri giudici usassero molto spesso autori stranieri e soluzioni legali o

giudiziali riprese da altri contesti nazionali. La spiegazione ovvia è quella che insiste nel dire come, in un ambito nazionale ancora in formazione, questi riferimenti hanno fatto parte di uno sforzo per costruire un ordinamento. L'importazione di concetti, idee e soluzione, sarebbe spiegabile, in quel momento, dal punto di vista del "colonialismo" europeo.

Se questo è vero, sarebbe importante verificare due cose: a quali ordinamenti giuridici si faceva riferimento; se ci sono variazioni temporali in riguardo al uso di, rispettivamente, dottrina, decisioni giudiziali, leggi.

Un noto storico brasiliano, José Murilo de Carvalho¹⁸, ci fa riflettere un po' diversamente su questo tema e ci provoca a vedere questo uso (di citare gli stranieri – autori, sentenze, leggi) come un modo nato della tradizione retorica della cultura generale e poi anche giuridica dell'élite brasiliana. Secondo lui, la tradizione dell'educazione formale brasiliana, così come quella portoghese, è stata molto vincolata alla presenza dei gesuiti e dei testi di retorica nel senso classico, dell'educazione pensata ancora come "il trivium": grammatica, logica, retorica. Questo fenomeno è stato anche individuato dai ricercatori della storia della giurisprudenza brasiliana, perché, come ci ha fatto notare, tra altri, Ricardo Marcelo Fonseca, gli studenti di giurisprudenza brasiliani dell'Ottocento dovevano fare prova di conoscere, tra alte cose, la retorica classica¹⁹.

Se José Murilo de Carvalho e gli altri autori che hanno sollevato questo punto hanno ragione in qualche senso, oltre che la forma di ragionare nata da un'educazione formale, questo uso potrebbe essere spiegato anche come vincolato al bisogno di dimostrare la cultura del giudice, di garantire la sua autorità come una persona erudita e, soltanto perciò, la adeguatezza della soluzione giuridica proposta. Qui si tratterebbe di invertire completamente il ragionamento possibile: la decisione è buona perché è stata fatta da un giudice saggio e questo è più saggio quanto più capace di invocare gli stranieri importanti (i tedeschi, gli italiani, i francesi) che vengono da tradizioni culturali intese come "sviluppate".

La buona argomentazione, in questo "paradigma", è quella bella e fiorita, anche se non riconducibile a una forma più chiaramente connessa alle

18 José Murilo de Carvalho, *História intelectual no Brasil: a retórica como chave de leitura*, «Topoi», 1, 2000, pp. 123-152.

19 Ricardo Marcelo Fonseca, *Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX*, «Quaderni Fiorentini sulla Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 35, 2006, pp. 339-371.

ratione decidendi. Pieni di *obiter dicta*, le sentenze sono, infatti, tante volte, discorsi inconcludenti se analizzati sul piano stretto della connessione tra le premesse usate e la conclusione raggiunta.

Se l'ipotesi di Carvalho ha senso per quel periodo, cambiata l'educazione formale dei giuristi, perché l'attitudine all'uso "degli stranieri" non è cambiata?

Una delle ricerche che stiamo facendo intende verificare, dagli anni cinquanta dello scorso secolo a oggi²⁰, quali sono gli autori più citati nelle decisioni della Corte Costituzionali.

Ma anche senza questo risultato, qualsiasi persona che legga le sentenze, incontrerà Alexy, Dworkin e tanti altri, praticamente in ogni decisione importante. Anzi, cambiano i giudici e forse cambiano gli autori, però la forma di argomentare è la stessa. Forse, quello che è cambiato è l'uso più intenso di decisioni di altre Corti o leggi di altri paesi²¹. Ma anche se c'è qualche cambiamento, i riferimenti sono fatti, normalmente, senza una previa argomentazione destinata a dimostrare il punto importante, ossia, perché la soluzione trovata altrove deve essere considerata valida per il contesto della decisione che si sta prendendo. Tantissime volte appaiono soltanto riferimenti con una struttura argomentativa più o meno così, "se la legge/decisione del Paese X

20 Questo arco temporale è stato scelto perché le decisioni sono disponibili, in forma elettronica e sul sito della Corte costituzionale, dagli anni Cinquanta in poi. Una ricerca sulle fonti più antiche sarebbe possibile, ma non è stata ancora fatta perché richiederebbe un gruppo numeroso di ricercatori.

21 Qui è importante ricordare che, ovviamente, negli ultimi anni è cresciuta la possibilità di trovare, leggere e citare le decisioni delle corti straniere e anche le leggi degli altri paesi. Questo, infatti, è un dato che deve essere messo in evidenza quando si fanno ricerche empiriche destinate a comparare l'uso lungo periodi più lunghi di tempo. Uno dei primi studi, di Merryman, discuteva già il ruolo delle condizioni di accesso alla informazione e le novità introdotte dai sistemi informatici. Il ragionamento va anche oltre: «What does authority cost? How much is paid (and by whom) to acquire, house, maintain, and use the books of case reports, the periodicals, the encyclopedias and annotations, the Restatement, and other secondary authorities? Is this «authority cost» a significant component of the cost of justice as measured by the budgets of judicial systems and the fees billed to clients? To what extent does the citation practice of the court determine the scope of potentially citable literature, and thus the cost of authority? Could such authority cost be significantly reduced without impairing the quality of justice?», John Henry Merryman, *Toward a Theory of Citations: an empirical study of the citation practice of the California Supreme Court in 1950, 1960, and 1970*, «50 S. Cal. L. Ver.», 38, 1977-1978, p. 423.

è tale, vale la pena farlo anche nel nostro caso”. Alcune volte appare la forma argomentativa della comparazione con i paesi meno sviluppati, con un argomento abbastanza curioso: “se perfino nel Paese X ci si orienta per tale soluzione ... allora anche noi ...”.

Allora, se usiamo la forma di analisi della teoria standard, che ho molto rapidamente spiegato, dobbiamo concludere, senza molto sforzo, che questo modo di argomentare è piuttosto, poco razionale. Se, invece, impieghiamo nella ricerca gli strumenti di analisi della teoria retorica dell’argomentazione, produciamo una diagnosi più descrittiva del uso effettivo del riferimento agli stranieri. Se rinunciamo alla nozione di “razionalità”, così come propongono di fare i colleghi della teoria retorica, quello che ci resta è descrivere come si impiegano questi ricorsi retorici.

La difficoltà, in questo caso, è capire se, da questo punto di partenza, sarebbe possibile spiegare come, dal punto di vista dei partecipanti della pratica argomentativa, tali riferimenti sono costruiti; perché, molto probabilmente, per loro, usare l’argomento della dottrina straniera, delle leggi e delle sentenze, vuol dire usare un argomento razionale e, quindi giustificare o al meno rafforzare la correttezza della decisione.

In ogni caso, credo che un approccio argomentativo possa essere utile a chiarire come, dalla diversità culturale radicata nella diversità spaziale e temporale del diritto, gli ordinamenti comunicano tra di loro e cosa accade, all’interno di una pratica argomentativa determinata.

Ci può aiutare, anche, in quello che riguarda all’ipotesi di Carvalho sopra menzionata rapidamente, pensare se quel modo di ragionare che forse era valido per i giuristi dell’Ottocento, è ancora la forma di ragionare dei giuristi del ventesimo secolo. E se è così, sarebbe interessante anche capire perché, cambiando l’educazione formale del giurista, non è cambiata specialmente la sua forma di argomentare.

In ogni caso sembra abbastanza interessante ricercare i dettagli dell’uso dei riferimenti alla giurisprudenza straniera perché questo ci può aiutare a capire come, nei trapianti tra ordine giuridici, qualcosa di nuovo sempre nasce.

Bibliografia

- Alexy Robert, *Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983;
- Atienza Manuel, *Las Razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991;
- Ballweg Ottmar, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*. Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1970;
- Ballweg Ottmar, *Analyse de la Jurisprudence à l'aide d'un modèle de la science sociale*, «Archives de Philosophie du Droit», 14, 1969, pp. 257-264;
- Bastos Jr., Luiz Magno Pinto, *Limits and Possibilities of the use of foreign material by courts, in constitutional adjudication: redefining the role of comparativism in theories of constitutional interpretation*, VII World Congress of the International Association of Constitutional Law, Atenas, 2007, www.enelsyn.gr;
- Benvenisti Eyal, *Reclaiming Democracy: the strategic uses of foreign and international Law by National Courts*, «American Journal of International Law», 102, 2, April 2008, pp.241-274;
- Braun Alexandra, *Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango*, «Oxford Journal of Legal Studies», 26, 4, 2006, pp. 665-681;
- Breton Philippe, Gauthier Gilles, *História das Teorias da Argumentação*, Lisboa, Editorial Bizâncio, 2001;
- Carvalho José Murilo de, *História intelectual no Brasil: a retórica como chave de leitura*, «Topoi», 1, 2000, pp. 123-152;
- Fonseca Ricardo Marcelo. *Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX*, «Quaderni Fiorentini sulla Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 35, 2006, pp. 339-371;
- Lupi André Lipp Pinto Basto, *O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas*, «Revista Eletrônica Direito e Política», 4, 3, 2009, pp. 293-314;
- MacCormick Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978 (2nd edition in 1994 with Oxford University Press);

- MacCormick Neil, *Rethoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009;
- Merryman John Henry, *Toward a Theory of Citations: an empirical study of the citation practice of the California Supreme Court in 1950, 1960, and 1970*, "50 S. Cal. L. Ver.", 38, 1977-1978;
- Neves Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009;
- Perelman Chaim, Olbrechts-Tyteca Lucie, *Traité de l'Argumentation: la nouvelle Rhetorique*, 5. ed., Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, 1992;
- Roesler Claudia, *Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica // between the paroxysm of reasons and no reason at all: paradoxes of a legal practice*, «Direito.UnB», 2, 1, janeiro-abril, 2016, pp. 79-95;
- Roesler Claudia, *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*, 2. ed, Belo Horizonte, Arraes, 2013;
- Schreckenberger Waldemar, *Rhetorische Semiotik: Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichtes*, München, Alber, 1978;
- Slaughter Anne-Marie, *A typology of Transjudicial Communication*, «University of Richmond Law Review», 29, 1994-1995, pp. 99-139;
- Sobota Katharina, *Rhetorisches Seismogramm - eine neue Methode in der Rechtswissenschaft*, «Juristenzeitung», 47, 1992, pp.230-237;
- Sobota Katharina, *The rhetorical construction of Law*, «International Journal for the Semiotic of Law», V, 13, 1992, pp. 39-54;
- Viehweg Theodor, *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., München, C.H. Beck, 1974;
- Viehweg Theodor, *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie: Gesammelte kleine Schriften*, Baden-Baden, Nomos, 1995;
- Viehweg Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*, 2.^a ed. Barcelona, Gedisa, 1997.

DIRITTI, DIVERSITÀ, DIRITTO: ORIZZONTI DI POSSIBILITÀ PER UNA STORIA DELLA TUTELA GIURIDICA

Massimo Meccarelli

La lettura del problema “diritto e diversità” che qui si propone, deriva dall’interesse per uno studio dei processi storici di trasformazione delle forme di tutela giuridica. Si tratta in particolare di considerare quale prospettiva si apra sulla storia dei diritti, nel momento in cui scegliamo come angolazione ricostruttiva la questione della diversità. Essa, oltre ad essere d’indubbio interesse per la storia giuridica, presenta implicazioni rilevanti anche dal punto di vista teorico generale, poiché insiste su un ambito tematico interdisciplinare, che chiama in causa saperi diversi della scienza giuridica, delle scienze sociali e delle scienze umane. Vorrò tornare, seppur brevemente, in chiusura su questo punto – è un profilo che mi pare di particolare interesse per la fase attuale delle discipline giuridiche –, prima vorrei esplorare il tema “diritto e diversità” e il suo potenziale.

1. Diversità, diritto e la base pre-giuridica di senso della tutela giuridica

La tutela giuridica intesa come tutela dei diritti, vale a dire la protezione giuridica che un ordinamento si propone assicurare con l’attribuire e il riconoscere all’individuo dei diritti (nelle varie declinazioni possibili di diritti soggettivi, sociali, fondamentali, umani) evidenzia oggi delle criticità. Rispetto a questo problema la coppia euristica “diritto e diversità”, oltre che evidenziare un contenuto del problema della tutela giuridica, si pone come una chiave di lettura di particolare interesse. Essa ci offre la possibilità di acquisire una più efficace capacità analitica e spazi nuovi per lo svolgimento del tema.

Iniziamo dal considerare che, nella sua struttura, la tutela giuridica intesa come tutela dei diritti si fonda su un presupposto: richiama, infatti, un contesto comune (sociale, politico, culturale, antropologico) ed un complesso di valori (come libertà, giustizia, solidarietà, dignità, ecc.), che vengono letti attraverso la lente unitaria dell’*uguaglianza*, intesa come *base di senso pre-giuridica* per i diritti. L’uguaglianza, inoltre, vista alla luce della sua applicazione, oltre che dare fondamento ai diritti, *promuove un*

*progetto*¹ per la realtà politica e sociale. Per questo la relazione tra diritti e uguaglianza è orientata in modo che essa giustifichi, sostenga e presupponga una *capacità sussuntiva* dei diritti in relazione alla realtà sociale. I diritti sono l'elemento precostituito, potremmo quasi dire d'*invarianza*, a cui ricondurre la molteplicità delle configurazioni sociali e le rivendicazioni di protezione giuridica.

La fase attuale mostra alcuni scostamenti rispetto a questo modello teorico: è in atto, infatti, un fenomeno di moltiplicazione (e di frammentazione) dei diritti fondamentali e umani, che compromette la capacità sussuntiva dei diritti. Inoltre non è nel segno (o solo nel segno) dell'uguaglianza, che si manifestano le rivendicazioni dei diritti: al contrario i diritti, sovente, servono a rivendicare delle diversità. Ecco allora che appare interessante provare a cambiare punto di osservazione, riflettendo sul rovescio della medaglia, che la diversità sembra poter rappresentare.

Passare dal problema dell'uguaglianza al problema della diversità equivale, in effetti, a concentrarsi su un'altra performatività della tutela dei diritti. Non è quella programmatica del *formante*, che permette la riduzione della realtà, negli *spazi previsti* di protezione giuridica; con *diversità* si opta per una configurazione in cui la base di senso pre-giuridica funge da *vettore* di produzione di *spazi effettivi* di protezione.

Che cosa implica sul piano dell'analisi (anche da un punto di vista metodologico) prendere in considerazione una simile dinamica? Che tipo di risultato può fornire? A questo riguardo la storia dei diritti offre indicazioni utili.

Vista nella sua storia, infatti, la tutela giuridica sembra essere stata segnata dall'avvicinarsi di due grandi approcci. Quello contemporaneo – che prende forma dall'idea di *distinguere i diritti della persona* – individua e formalizza i diritti, generalizza e unifica la condizione soggettiva, apprezza (il programma per) l'uguaglianza, pretendendo in tal modo di offrire una *pienezza della previsione* di tutela giuridica. L'approccio medievale e moderno – che si svolge a partire dall'idea *distinguere le persone* – invece apprezza la differenza, costruisce e moltiplica condizioni soggettive, pretendendo in tal modo di offrire una *pienezza di effettività* di tutela giuridica. Si tratta eviden-

¹ Maurizio Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi di storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 105-133; Tommaso Greco, *Tre canoni per la democrazia*, in Adriano Ballarini, *Prometeo. Studi sull'uguaglianza, la democrazia, la laicità dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 93-119.

temente di una semplificazione, che serve però a mettere in luce le polarità del nostro problema.

Riflettere su discorso giuridico e diversità è dunque un modo per *comprendere quello che c'è nel mezzo* e superare la riduzione delle forme di tutela giuridica in modelli statici. Si tratta cioè – e il problema è al contempo storico e teorico – di provare a osservare dinamicamente la dialettica e l'interazione tra le due polarità su cui si è svolta l'esperienza della tutela giuridica (distinguere i diritti / distinguere le persone).

Per valutare in che misura tale spazio dinamico possa fungere da campo di ricerca possiamo considerare tre profili: a) le diverse prospettive di analisi che si possono considerare nell'osservare il rapporto tra discorso giuridico (tutela giuridica) e diversità; b) le tipologie della “condizione temporale” di riferimento; c) il collegamento con altre linee tematiche connesse al problema della tutela giuridica. Illustrerò brevemente nel seguito questi profili.

2. Quattro prospettive d'indagine

Sono almeno quattro le prospettive che possiamo considerare per il nostro problema: la prospettiva sociale, quella culturale, quella di genere e quella metodologica.

Con riferimento alla *prospettiva sociale* si tratta di chiedersi come il discorso giuridico tratti il problema della diversità socialmente rilevante e che ruolo ha svolto a questo riguardo l'idea di una tutela giuridica come tutela dei diritti dell'individuo. La prospettiva storico-giuridica ci mostra una molteplicità di esperienze: il lungo periodo di gestazione (secc. XVII-XIX) volto a costruire lo spazio di libertà (il *proprium*) dell'individuo moderno, convive con la persistenza di un rilievo costituzionale dei ceti ². Nei secoli XIX e XX, invece, il trattamento giuridico delle differenze sociali sembra più affidato allo strumento dei diritti sociali. Essi ³ costituiscono il nuovo terreno di svi-

² Pietro Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti, Carlo Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 53-63; più ampiamente Pietro Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

³ Si veda Giovanni Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto del lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007 e dello stesso Autore il sag-

luppo dell'idea di diritti e presentano caratteristiche inedite: condividono la base di senso originaria dei diritti individuali (attuano un principio di libertà) ma qui il valore programmatico dell'uguaglianza appare più plastico, poiché rivela e una forza nuova e una maggiore capacità di modellarsi in relazione alla realtà concreta. La storia del problema riguarda, qui, i mutamenti degli spazi "sociali" di rivendicazione dei diritti.

Con riferimento alla *prospettiva culturale* si tratta di interrogarci su come la diversità culturale incida nella costruzione del discorso giuridico e delle forme di tutela. Prospettiva sociale e prospettiva culturale hanno punti in comune. La diversità culturale per molti aspetti ha avuto (e continua ad avere) un suo rilievo in connessione con la diversità sociale. Allo stesso tempo però la diversità culturale sembra distinguersi come questione autonoma in relazione al problema. Oggi essa pone di fronte alla necessità di un ripensamento di strumenti e categorie della tutela giuridica ⁴. Sul piano storico si può osservare che le originarie costruzioni dei diritti, (per esempio *ius peregrinandi* o *ius dominium* con la scoperta delle Americhe ⁵), nascono proprio in relazione ad un problema di differenza culturale e antropologica.

gio pubblicato in questo volume; inoltre Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani*, cit., pp. 53-63; Juliana Neuenschwander Magalhães, *Los límites del multiculturalismo en las sociedades multiculturales: formas de inclusión y exclusión*, in «forum historiae iuris», 18. August 2014, <<http://www.forhistiur.de/en/2014-08-neuenschwander-magalhaes/>>.

4 Thomas Duve, *Diversidad Cultural y Protección Jurídica – Perspectivas Histórico-Jurídicas*, «forum historiae iuris», (18. August 2014) <<http://www.forhistiur.de/2014-08-duve/?l=es>>; Sergio Costa, *Freezing Differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America*, in Aldo Mascareño, Katia Araujo, (eds.), *Legitimization in World Society*, Farnham, Ashgate, pp. 139-156; Ulrike Lembke, *Diversity als Rechtsbegriff. Eine Einführung*, «Rechtswissenschaft», 1, 2012, pp. 46-76; Tecla Mazzaresse (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2013; Luca Stortoni, Silvia Tordini Cagli (Eds.), *Cultura culture e diritto penale*, Bologna, Bononia University Press, 2012; Juan Pablo Vera Lugo, *La jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales*, «Universitas humanistica», 62, 2006, pp. 205-238; Boaventura De Sousa Santos (Ed.), *Reconhecer para Libertar: os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2003; Tzvetan Todorov, *Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana*, Torino, Einaudi, 1991.

5 Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani*, cit., pp. 32-36; Massimo Meccarelli, *Sovranità e tutela dei diritti nelle società multiculturali: riflessioni storico-giuridiche intorno ai limiti di un binomio moderno*, in Flavia Stara (a cura di), *La costruzione del pensiero e delle strategie interculturali*, Lecce, Pensa, 2014, pp. 101-106.

Tale prospettiva culturale, però, rileva anche nelle premesse del nostro problema, per il fatto che la stessa nozione di diversità è il frutto di una costruzione culturale ⁶. Sotto tale aspetto sono le stesse condizioni di pensabilità della diversità a determinare il suo rilievo nel discorso giuridico. E ciò apre un problema metodologico perché pone l'esigenza, per la scienza giuridica, di un dialogo con le scienze sociali e le scienze umane.

Quanto alla *prospettiva di genere* tale profilo, a un primo sguardo, appare compreso nelle prospettive culturale e sociale. La sua specificità però risiede nel fatto che la *connotazione (e la discriminazione) di genere* è un carattere originario dell'esperienza storica dei diritti. L'esclusione basata sul genere, deriva infatti da una «struttura di mentalità» ⁷, che ha resistito alla discontinuità tra antico e moderno ed ha accompagnato l'affermazione del principio di uguaglianza. La questione di genere appare dunque la manifestazione di un autonomo problema, che interroga alla radice la tutela dei diritti (basata sul valore programmatico dell'uguaglianza). Attraverso tale angolazione possiamo rileggere l'esperienza dei diritti, non solo dal punto di vista della performatività di questo strumento (cioè dei continui sviluppi applicativi ed estensioni che storicamente hanno avuto o possono avere i diritti), ma anche dal punto di vista dei suoi limiti originari, vale a dire dei *vincoli di sostenibilità teorica* caduti i quali, strumenti come i diritti, cessano di produrre i risultati attesi o iniziano a svolgere altre funzioni. Da un punto di vista teorico e attuale ⁸, inoltre, la prospettiva di genere apre ad un terreno sul quale è possibile osservare lo svolgersi e riprodursi di una tensione tra *persone e diritti*.

C'è, in fine, anche una prospettiva metodologico-ermeneutica da tener

6 Si veda, ad esempio, in questo volume il saggio di Juliana Neuenschwander Magalhães.

7 Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani*, cit., pp. 42-43.

8 Si vedano fra gli altri Joshua Cohen, Matthew Howard, Martha Nussbaum (eds.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, Princeton University Press, 1999; Paola Parolari, *Femminismo liberale e multiculturalismo. Susan Okin e le forme della diversità culturale*, «Ragion pratica», 1, 2008, pp. 231-244; Thomas Casadei (a cura di), *Donne, diritto, diritti: prospettive del giusfemminismo*, Milano, Giuffrè, 2015; Flavia Stara, *Women in motion: effetti e aspettative delle migrazioni al femminile*, in Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti (Eds.), *Derecho en movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 145-156; Id., *La costruzione del pensiero e delle strategie interculturali*, cit.; di Flavia Stara si veda anche il saggio in questo volume.

presente nella nostra analisi delle forme di tutela giuridica ⁹. Ci si potrebbe misurare con la domanda sul *come si studia* la diversità da un punto di vista giuridico. Contemporaneamente si tratta anche riflettere su *come si può impiegare* la diversità per studiare il fenomeno giuridico. Questo è, per certi versi, un livello preliminare, che agisce anche come momento di delimitazione del nostro campo di ricerca. Appare, dunque, opportuno tenerlo presente per evitare approcci analitici precomprensivi. Le risposte che possiamo dare a queste domande riguardano, infatti: il problema delle fonti che possiamo o dobbiamo considerare per questo tipo di studi e del loro uso; il problema dell'interazione tra i saperi, come momento di svolgimento del discorso giuridico.

3. I tempi storici di riferimento

Da un punto di vista storico-giuridico l'oggetto della nostra indagine si caratterizza anche per la speciale *condizione del tempo* in cui si colloca. Con questo voglio sottolineare che per temi come "diritto e diversità" è la *fase* ad interessare piuttosto che il *periodo* storico. Ci interessa individuare un tempo che, per le sue caratteristiche, quasi costituisce esso stesso un profilo interno al nostro problema e tende a inserirlo in un contesto di altri problemi, contribuendo a chiarirne la portata e i caratteri ed evidenziandone le dinamiche di svolgimento. Definirei questo un tempo di tipo *ascrittivo*, per distinguerlo da quello (più convenzionalmente considerato) di tipo *descrittivo*.

Penso in particolare a condizioni del tempo come la transizione, la crisi o, per certi aspetti, l'eccezione. Esse forniscono angolazioni originali per uno studio del nostro problema.

Riguardo alla *transizione* si tratta di ragionare diversamente sul senso e sugli effetti dei momenti di fondazione oltre che sui regimi dei diritti. Ad esempio è soprattutto in una condizione di transizione, che vediamo implementarsi lo spazio dei diritti nello spazio giuridico post-coloniale. Qui le trasformazioni fatte nel segno dei diritti sono marcate, per usare le parole di Cristiano Paixão, da una «relaboração e continuidade de estruturas so-

⁹ Thomas Duve, *Entanglements in Legal History: Concepts, Methods, Challenges*, in Id. (Ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014, pp. 29-66; in questo volume si veda il saggio di Ricardo Marcelo Fonseca.

ciais e politicas do passado»¹⁰. Ciò vale per il terreno del diritto sostanziale così come per quello sistematico (codificazione del diritto, introduzione del soggetto unico di diritto¹¹, introduzione delle Costituzioni e delle Carte dei diritti¹²). Sotto questa ottica si potrebbero studiare anche aspetti delle esperienze europee.

Anche la crisi può costituire una condizione temporale interessante per il nostro tema. Essa, per altro, ha avuto molteplici impieghi per temi connessi, sia sul piano della teoria del diritto, che della storia del diritto. A partire dal primo Novecento¹³ questo termine diventa una chiave per scoprire e met-

10 Cristiano Paixão, *Tempo Presente e Regimes de Historicidade: Perspectivas de Investigação para a História do Direito*, in Ricardo Marcelo Fonseca (Org.), *As Formas do Direito. Odm, Razão e Decisão*, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 77-88. Cristiano Paixão declina la questione anche nel saggio pubblicato in questo volume. Si vedano inoltre Juliana Neuenschwander Magalhães, *Diversidade Cultural e Justiça de Transição (os Casos de Perseguição aos Índios Durante a Ditadura Militar e a Transição Política no Brasil)*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, 2015, pp. 1137-1166; François Hartog, *Régimes d'historicité: présentisme et expériences du temps*, Paris, Seuil, 2012.

11 Si vedano in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 34/35, 2004/2005 *L'Europa e gli "Altri". Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, i saggi di: Ricardo Marcelo Fonseca, *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento*, pp. 963-983, Cristina Nogueira Da Silva, «Missão Civilizacional» e *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (Séculos XIX-XX)*, pp. 899-919, Luigi Nuzzo, *Dal colonialismo al post-colonialismo, tempi e avventure del soggetto indigeno*, pp. 464-508; si veda anche Giulio Abbate, «Un dispotismo illuminato e paterno». *Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)*, Milano, Giuffrè, 2015.

12 Cristina Nogueira Da Silva, *Escravos e Direitos Fundamentais no Pensamento Constitucional e Político de Oitocentos*, «Africana Studia, Revista Internacional de Estudos Africanos», *Escravidão e Direitos Fundamentais no Século XIX*, 14, 2010, pp. 231-254; Cristiano Paixão, *Past and Future on Authoritarian Regimes: Constitution, Transition to Democracy and Amnesty in Brasil and Chile*, in «Giornale di storia costituzionale», 30, 2015, pp. 89-105; Maria Julia Solla Sastre, *Ultramar excepcional. La construcción de un espacio jurídico para España y sus colonias, 1837-1898*, «Rechtsgeschichte», 23, 2015, pp. 222-238.

13 Si vedano ad esempio Paolo Grossi, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», LXI, 2011, pp. 1-22; Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., pp. 27-65; e nel volume di Maria Rosario Polotto, Thorsten Keiser, Thomas Duve (Eds.), *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Frankfurt

tere all'ordine del giorno problemi strutturali nell'ordinamento giuridico; si pensi, per fare qualche esempio, a questioni come la crisi dello Stato ¹⁴ della certezza del diritto ¹⁵, della legge ¹⁶, delle fonti ¹⁷, della scienza giuridica ¹⁸ della motivazione della sentenza ¹⁹. *Crisi*, come tempo ascrivito conosce ancora oggi rinnovati impieghi ²⁰; essa è anche la condizione del tempo che sembra segnare la storia dei diritti nel secolo XX e in quello attuale.

Quanto all'eccezione, anch'essa costituisce una condizione temporale rilevante nel connotare lo spazio giuridico dei diritti e della diversità. Numerose esperienze storiche così come le vicende di questo Secolo propongono

am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, i saggi di: Maria Rosa Pugliese, *La denominada «crisis del derecho» desde la perspectiva argentina durante el periodo de entre guerras mundiales (1920-1940)*, pp. 83-118, A. Aragonese, *Crisis del derecho privado y legislación especial en Francia y Argentina*, pp. 119-151.

14 Si pensi a Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, «Rivista di diritto pubblico», 3, 1910, pp. 98-114.

15 Flavio Lopez de Oñate, *Studi filosofici sulla scienza del diritto*, «Annali della Regia Università di Macerata», XII-XIII, 1939; Id., *La certezza del diritto*, Roma, Tip. Consorzio nazionale, 1942.

16 Francesco Carnelutti, *La crisi della legge*, in «Atti del Reale istituto veneto di scienze, lettere ed arti», 89, 1929/30, pp. 898-906.

17 Widar Cesarini Sforza, *La crisi delle fonti*, «Archivio giuridico 'Filippo Serafini'», CXV, 1936, pp. 18-43.

18 Giorgio Del Vecchio, *La crisi della scienza del diritto*, «Archivio Giuridico 'Filippo Serafini'», XXVII, 1933.

19 Piero Calamandrei, *La crisi della motivazione* [1954] ora in Id., *Opere giuridiche*, I, Napoli, Morano editore, 1965, pp. 664-677.

20 Soli per fare alcuni esempi: Sabino Cassese, *Oltre lo stato*, Roma-Bari, 2006; Paolo Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LX, 2006, 2, pp. 377-395; Fabrizio Sciacca, *L'individuo nella crisi dei diritti*, Genova, Il melangolo, 2009; Umberto Vincenti, *Diritto senza identità: la crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma, Laterza, 2010; Michele Della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione?: l'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, Franco Angeli, 2012; Fabio Merusi, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013; Giorgio Pino, *Interpretazione e crisi delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014; Tullio Padovani, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; Fulco Lanchester, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, Giuffrè, 2014; Elisa Fagnani, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica*, Milano, Giuffrè, 2014; Roberta Calvano, (a cura di), *Legislazione governativa d'emergenza e crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

continuamente scenari ²¹ nei quali la fase dell'eccezione condiziona i regimi della tutela giuridica e i modi d'interazione con l'alterità, finendo inoltre per introdurre elementi di carattere strutturale destinati a persistere oltre la fase eccezionale, nella regolazione di questi problemi.

Soffermiamoci ora, seppure brevemente, a riflettere sui riflessi di una scelta per la temporalità di tipo ascrivito. Da un punto di vista ermeneutico non rilevano tanto le coppie concettuali che *enfaticizzano il contrasto tra profili commensurabili* del fattore tempo come: continuità/cambio; tradizione/modernità; crisi/stabilità; transizione/rivoluzione. Al contrario qui assumono un valore analitico coppie concettuali capaci di mettere in *relazione profili disomogenei* del fattore tempo, come ad esempio continuità-modernità o tradizione-cambio, transizione-criasi; transizione-costruzione; transizione-circolazione; trasformazione-eccezione, ecc. Per tale ragione, con uno studio attento alle temporalità di tipo ascrivito si tende a dare maggiore risalto ai profili sincronici dell'esperienza giuridica e, anche quando si è interessati ad analisi di tipo diacronico (che resta uno degli obiettivi del fare storia), si può considerare il tempo non come una mera piattaforma neutra. Inoltre, anche in una prospettiva di lunga durata ²², può assumere un valore analitico alla *trans-temporalità* (la persistenza, resilienza, ecc.) nell'interpretazione della fase storica analizzata.

3. Altre linee tematiche connesse

Passiamo ora a svolgere il terzo dei tre punti che ci eravamo riproposti di illustrare; è quello concernente l'intreccio della ricerca su diritto e diversità con altre linee tematiche connesse al problema della tutela giuridica. Qui posso indicare ovviamente solo questioni di tipo generale.

²¹ A questo proposito si permetta di rinviare a Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti, Carlo Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, eum, 2011; Massimo Meccarelli, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica*, «Quaderni storici», 131/2, 2009, pp. 493-521.

²² David Armitage, Jo Guldi, *Le retour de la longue durée: une perspective anglo-américaine*, «Annales. Histoire, Sciences Sociales» *La longue durée en débat*, 70, 2, 2015, 289-318; Jo Guldi, David, Armitage, *The History Manifesto*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, <<http://historymanifesto.cambridge.org>>.

a) Spazi giuridici e tutela dei diritti

Pare opportuno considerare la prospettiva della *diversità anche in senso spaziale*. Gli ambiti di azione del diritto non sono, infatti, irrilevanti per il nostro problema. Lo spazio è un oggetto nel quale la dinamica della diversità si attua. La prospettiva storico giuridica fornisce numerosi esempi.

Antonio Manuel Hespanha ha mostrato come proprio la tensione tra «unity and diversity» costituisca un tratto costitutivo degli spazi coloniali imperiali dell'età moderna ²³. Ed è proprio a partire da una riscoperta della diversità o della *local law* che va riletta l'esperienza degli Imperi coloniali. Questo, ci spiega Hespanha, permette di evitare approcci eurocentrici cioè di commettere l'errore, sempre incombente, di fare della storia del diritto uno strumento per promuovere la «tyranny of normality»: «the normality of western history and the anormality of otherness».

Contemporaneamente possiamo osservare che lo spazio costituisce un fattore del problema dei diritti. Come uno studio recente di Giovanni Cazzetta ²⁴ ha mostrato, è su una complicazione spaziale - la «patria senza territorio» degli emigranti italiani - che pure si è giocata la prospettiva di senso dei diritti, anche in rapporto alla costruzione delle identità nazionali nel XIX e XX secolo. Più in generale, si pensi all'America Latina e a come la vastità dei territori statali abbia influito (e ancora influisca) sui modi di essere e le prospettive di senso delle forme di tutela giuridica ²⁵; tanto più, come ha messo in evidenza Juliana Neuenschwander, quando ciò s'intreccia con la questione

²³ Antonio M. Hespanha, *Uncommon Laws. Laws in the Extreme Peripheries of an Early Modern Empire*, «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung», 130, 2013, pp. 180-194. Si veda anche Lauren Benton, *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

²⁴ Giovanni Cazzetta, *Patria senza territorio? Emigrazione e retorica dello Stato-Nazione*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. III, Napoli, Jovene, 2014, pp. 145-161.

²⁵ Alejandro Agüero, *On Justice and "Home Rule" Tradition in the Spanish Colonial Order. Criminal Justice and Self Government in Córdoba del Tucumán*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 41, 2012, pp. 173-221; Id., *Autonomía por soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930)*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 43, 2014, pp. 341-393; Marta Lorente Sariñena, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, UAM, Madrid, 2010.

indigena e della diversità etnico-culturale ²⁶. Se guardiamo all'Europa, qui il prodursi di uno spazio giuridico sovrastatale ha cambiato (e sta cambiando) i regimi di tutela giuridica.

Insomma non pare trascurabile per il nostro problema il fatto che lo spazio svolga una funzione *costitutiva* rispetto ai contenuti e ai caratteri che la dimensione giuridica assume (piuttosto che assolvere una funzione meramente strumentale e *ricostruttiva* per la nostra indagine).

Anche da un punto di vista più teorico generale la diversità in senso spaziale può rilevare per uno studio dei diritti e della tutela giuridica. È, infatti, questo un modo per ragionare sul problema emancipandosi dai limitanti approcci universalistici. In alcune analisi - tra le altre penso ad alcune riflessioni di Ricardo Fonseca sugli esiti biopolitici dell'universalismo dei diritti - è stato evidenziato come vi siano dinamiche della normatività che producono «spazi vuoti, o campi di non protezione politica e giuridica di massa»; da qui la proposta di un altro approccio, che rinunci a creare un sistema di carattere universalistico, che possa servire come un grande modello razionalmente articolato», optando invece per risposte «localizzate nei fronti specifici - sempre storici e contestualizzati - che esigeranno risposte in gran parte locali e provvisorie» ²⁷.

b) *Diversità e interconnessioni giuridiche*

Diversità, diritto e spazio s'intrecciano anche sotto un altro aspetto. Si può, infatti, considerare la diversità (differenza) intesa come parametro per interpretare i fenomeni giuridici. Si tratterebbe ad esempio di recuperare e sviluppare ulteriormente il campo dei trasferimenti concettuali, delle ibridazioni, delle comparazioni, della circolazione del diritto, degli spazi giuridici, appunto.

I passaggi di spazio, intesi come interconnessioni nel senso proposto da

²⁶ Neuenschwander Magalhães, *Los límites del multiculturalismo*, cit., e Id., *Diversidade Cultural e Justiça de Transição*, cit.

²⁷ Ricardo Marcelo Fonseca, *La fenomenologia del potere tra "legge" e "norma": un itinerario foucaultiano sulle dinamiche di esclusione nel diritto moderno*, in Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti, Carlo Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi, Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Maccarrata, eum, 2012, p. 164. A conclusioni simili è giunto anche Luca Scuccimarra, *Proteggere o dominare? Sovranità e diritti umani nel dibattito sulla "responsibility to protect"*, in Meccarelli, Palchetti, Sotis, *Il lato oscuro dei diritti umani*, cit., p. 383.

Thomas Duve di «complex intertwined networks, with no beginning and no end»²⁸, nascono sul presupposto di una diversità/differenza, a partire dalla quale è possibile comprendere il valore e il senso di uno strumento giuridico che circola. La diversità in senso spaziale, considerata in riferimento ai fenomeni di circolazione del diritto, può fornire un elemento in più di riflessione per comprendere la dialettica tra diritti e giustizia²⁹. Essa inoltre può aiutarci nell'affrontare un ripensamento critico della terminologia e delle categorie, che usiamo per ragionare sul movimento del diritto, mettendo in gioco concetti come «appropriazione», «ibridazione», «inculturazione», «interconnessione», «spazializzazione», «localizzazione», «feedback effect»³⁰.

c) *Autonomia del diritto e tutela giuridica*

Un'altra linea tematica che interessa il problema della tutela giuridica e alla quale sembra potersi connettere il campo di ricerca su diritto e diversità, è quello relativo ai regimi dell'autonomia del diritto (cioè dinamiche in cui la produzione del diritto è esito di momenti di auto-organizzazione della società o si attua tramite livelli istituzionali (giurisdizionali o anche proto-giurisdizionali) senza che vengano coinvolti (o prima che vengano coinvolti) i poteri politici).

Come è noto, il diritto in materia di diritti, si svolge ormai su un terreno di natura giurisprudenziale. Si tratta di una giurisprudenza³¹ che, per le sue

²⁸ Thomas Duve, *Entanglements in Legal History. Introductory Remarks*, in Duve, *Entanglements in Legal History: Conceptual approaches*, cit., pp. 7-8.

²⁹ Ad esempio in questo volume si veda l'analisi proposta da Claudia Roesler.

³⁰ Quelli più convenzionalmente impiegati come «importazione», «recezione», «trapianto», non danno conto del processo di alterazione che la dislocazione del diritto implica, come anche dell'effetto di retroazione che spesso è a essa collegato. Cfr. Duve, *Entanglements in Legal History: Concepts, Methods, Challenges*, cit., pp. 29-66; Pietro Costa, *Reading Postcolonial Studies: Some Tentative Suggestions for Legal History*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 35, 2013, pp. 272-282; Patrick Glenn, *The Cosmopolitan State*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 255-276; Hespanha, *Uncommon Laws*, cit.; Eliana Augusti, *Un diritto possibile. Storie, teorie e prassi di modernità tra comparazione e globalizzazione*, «forum historiae iuris», 23, Juni 2016, <http://www.forhistiur.de/2016-06-augusti/>.

³¹ Si riprendono qui le osservazioni svolte in Massimo Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 40, 2011, pp. 721-745.

caratteristiche si svolge in uno spazio strutturalmente sottratto alle sovranità politiche statali (è il caso della giurisprudenza delle Corti costituzionali o di altre Corti supreme istituite in relazione a trattati internazionali (come ad esempio la Corte europea dei diritti dell'uomo o la Corte di giustizia europea). Si tratta di spazi di *autonomia del diritto* dal primato del potere politico, sotto il profilo istituzionale e sistematico, che mettono in discussione il tradizionale nesso tra sovranità statale e tutela dei diritti. La giurisprudenza sui diritti di cui stiamo parlando non fa altro che trovare il bilanciamento, la concreta precipitazione materiale del principio fondamentale, volta per volta.

Il punto d'incontro degli studi sull'autonomia del diritto con il campo di ricerca su "diritto e diversità" è duplice. Da un lato le ricerche in tema di diritto e diversità possono probabilmente offrire livelli di approfondimento. Infatti tali nuovi orizzonti della tutela dei diritti presuppongono una dimensione costituzionale materiale a base pluralistica ³². Dall'altro lato, proprio le dinamiche giurisprudenziali a cui stiamo pensando rappresentano un esempio di come, sul piano sistematico, possa operare il superamento della dinamica sussuntiva per la tutela dei diritti, attuando quel tipo di ribaltamento (dal *formante* al *vettore* della tutela giuridica) di cui abbiamo sopra parlato e che proprio il paradigma della diversità sembra poter implicare.

d) *Pluralismo giuridico, pluralismo etico e multinormatività*

C'è infine un'ulteriore linea tematica alla quale lo studio di diritto e diversità sembra potersi collegare: quella della multinormatività, cioè della coesistenza tra ordini normativi differenti all'interno di uno stesso complesso sociale. I fenomeni in atto cui accenniamo, come si è già detto, non tendono

³² Le nostre Costituzioni, anche quando elencano diritti, offrono, infatti, un orizzonte di possibilità per la coesione sociale. L'ordine giuridico della Costituzione non poggia, al contrario di quello ottocentesco dei Codici, su un modello predefinito di società; nelle Costituzioni vengono fissati valori di base indisponibili che, tramite una rinnovata giurisprudenza, possono trovare realizzazione in diverse forme ed equilibri. Per questo i diritti fondamentali non sono posti in gerarchia; anzi spesso, nella concreta dialettica sociale, si trovano in "competizione", di modo che la loro effettività deriva da un bilanciamento costituzionale tra valori, tutti di pari livello. Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2007, in partic. pp. 205-308; Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007; Claudia Rosane Roesler, *Theodor Viehweg: ¿Un constitucionalista adelantado a su tiempo?*, «DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho», 29, pp. 295-318.

semplicemente a valorizzare il pluralismo giuridico, essi, oggi, ci mettono anche di fronte alla sfida della diversità culturale. Al contempo, però, va ricordato che il pluralismo di valori e interessi che le nostre Costituzioni hanno avuto la forza di sostenere e promuovere, non nasce da un presupposto multiculturale; al contrario, si fonda su una concezione dell'etica di tipo monistico «chiusa nella sua assolutezza e incomunicabilità» (Viola) ³³. Ciò significa che prevedere meccanismi - come quelli che il diritto giurisprudenziale delle alte Corti consente - di riconoscimento della pluralità dei valori e degli interessi, non implica di per sé ottenere una loro dialogicità, nel momento in cui tale pluralismo deriva da un sostrato multiculturale.

Questo sul piano filosofico sollecita interrogativi complessi poiché impone di riflettere sui caratteri del pluralismo già sul piano etico. Limitandomi però, a guardare il problema dal versante più strettamente giuridico, direi che tutto ciò porta la nostra riflessione su terreni ancora poco esplorati. La multinormatività, come categoria per riflettere in modo rinnovato sulle prospettive di senso del pluralismo giuridico, è uno di questi ³⁴. Qui rilevanti diventano i punti di contatto e di fusione tra sfere normative giuridiche e quelle di altra natura, di tipo morale/sociale (si pensi ad esempio alla complessa osmosi tra *global ethics* e diritti fondamentali).

4. La storia dei diritti e la diversità in un ambito tematico interdisciplinare

Vorrei in conclusione richiamare l'attenzione su un ultimo aspetto di cui avevamo avvertito all'inizio e che più volte è poi emerso nel corso della trattazione: il carattere interdisciplinare di questo ambito tematico. "Diritto e diversi-

³³ Francesco Viola, *I diritti dell'uomo e l'etica contemporanea*, «Ragion Pratica», 1996, p. 199; Id., *Legal Hermeneutics and Cultural Pluralism*, in Bjarne Melkevik (Ed.) *Standing Tall. Hommages à Csaba Varga*, Budapest, Pazmany press, 2012, pp. 465-481; Ombretta Di Giovine, *Conclusioni (ovvero: Is multiculturalism bad for criminal law?)*, in Stortoni, Tordini Cagli, *Cultura culture e diritto penale*, cit., pp. 171-189; Aldo Schiavello, *Diritti umani e pluralismo tra argomentazione e negoziazione*, «Ragion Pratica», 1/2010, 129-149.

³⁴ Per i suoi impegni nella storia del diritto si vedano Miloš Vec, *Multinormativität in der Rechtsgeschichte*, «Jahrbuch der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften», 2009, pp. 155-166; Thomas Duve, *Global Legal History – A Methodological Approach*, «Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series», 2016-04, pp. 12ss, <<http://ssrn.com/abstract=2781104>>.

tà” come tale è uno strumento che rendere necessaria, lo abbiamo rilevato in più occasioni nel corso della trattazione, l’apertura di un dialogo tra le diverse scienze giuridiche, e tra queste e le scienze sociali e umane.

Il nostro tema richiede di considerare insieme questioni che accomunano più tipi di specialisti del diritto o anche questioni solo collegate con il problema giuridico (ma interessano in primo luogo altri campi come la sociologia, l’economia, l’antropologia, la filosofia, la letteratura, ecc.).

Qui sta a mio avviso anche un valore aggiunto di tale prospettiva di ricerca: la storia del diritto - ma un’osservazione simile penso si potrebbe fare per ognuna delle discipline coinvolte - ne guadagna un’estensione di orizzonti e questo senza perdere la propria specificità epistemologico-metodologica; anzi a mio avviso essa, grazie a tale dialogo, può trarre nuova linfa per svolgere il proprio originale compito: storicizzare l’esperienza giuridica, sottoporre a revisione critica le categorie contemporanee, decostruire miti e aprire orizzonti di possibilità per il discorso giuridico.

Con riferimento al dialogo con le scienze sociali e umanistiche interessate al fenomeno giuridico, esse, a mio avviso, possono avere un valore rilevante per aggiornare lo strumentario ermeneutico dei giuristi e per un’apertura di orizzonti tematici. Si pensi al problema dell’alterità, della coesione sociale, delle interazioni umane e sociali, delle concezioni della normatività; tutti temi centrali per la questione giuridica di cui parliamo e sui quali queste scienze non giuridiche forniscono chiavi di lettura originali e di sicuro interesse.

Con riferimento al dialogo della storia del diritto con le altre scienze giuridiche, si tratta di recuperare una dimensione di circolarità del sapere giuridico. Nel passato le scienze giuridiche hanno prevalentemente costruito le identità disciplinari per differenza, specializzando e differenziando metodi, categorie e temi, marcando confini e separazioni. L’autoreferenzialità e l’autosufficienza tematico/metodologica ha rappresentato anche il mezzo per affermare l’autonomia di una disciplina giuridica. Oggi credo che non sia più possibile costruire l’identità disciplinare in questo modo.

Ciò accade perché è proprio l’oggetto della nostra riflessione, “il diritto”, che è cambiato: sono cambiati i processi della sua produzione, i contesti dai quali si esprime la domanda di tutela giuridica, i soggetti che la rivendicano. Per comprendere questo diritto non è più possibile operare con scienze chiuse. Al contrario occorre riprodurre un quadro comunicativo ed epistemologicamente complesso.

Credo, in sintesi, che operare in ambiti tematici come “diritto e diversità”

rivesta oggi per la storia del diritto (oltre che per la storia dei diritti) un rilievo strategico. Non solo perché, in quanto scienza giuridica, la compromette nella produzione di soluzioni per i problemi attuali, ma anche perché costituisce una valida prospettiva di senso per il suo esercizio come scienza storica.

Bibliografia

- Abbate Giulio, *“Un dispotismo illuminato e paterno”. Riforme e codificazione nell’India britannica (1772-1883)*, Milano, Giuffrè, 2015;
- Agüero Alejandro, *On Justice and “Home Rule” Tradition in the Spanish Colonial Order. Criminal Justice and Self Government in Córdoba del Tucumán*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 41, 2012, pp. 173-221, <<http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/43/index.htm>>;
- Agüero Alejandro, *Autonomía por soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930)*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 43, pp. 341-393 <<http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/43/index.htm>>;
- Aragoneses Alfons, *Crisis del derecho privado y legislación especial en Francia y Argentina*, in Maria Rosario Polotto, Thorsten Keiser, Thomas Duve (Eds.), *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, pp. 119-151;
- Armitage David, Guldi Jo, *Le retour de la longue durée: une perspective anglo-américaine*, «Annales. Histoire, Sciences Sociales» *La longue durée en débat*, 70, 2, 2015, 289-318;
- Augusti Eliana, *Un diritto possibile. Storie, teorie e prassi di modernità tra comparazione e globalizzazione*, «forum historiae iuris», 23. Juni 2016, <<http://www.forhistiur.de/2016-06-augusti/>>;
- Benton Lauren, *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010;
- Calamandrei Piero, *La crisi della motivazione* [1954] ora in Id., *Opere giuridiche*, I, Napoli, Morano editore, 1965, pp. 664-677;
- Calvano Roberta (a cura di), *Legislazione governativa di emergenza e crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015;
- Carnelutti Francesco, *La crisi della legge*, «Atti del Reale istituto veneto di scienze, lettere ed arti», 89, 1929/30, pp. 898-906;
- Casadei Thomas (a cura di), *Donne, diritto, diritti: prospettive del giusfemminismo*, Milano, Giuffrè, 2015;

- Cassese Sabino, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006;
- Cazzetta Giovanni, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto del lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007;
- Cazzetta Giovanni, *Patria senza territorio? Emigrazione e retorica dello Stato-Nazione*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. III, Napoli, Jovene, 2014, pp. 145-161;
- Cesarini Sforza Widar, *La crisi delle fonti*, «Archivio giuridico 'Filippo Serafini'», CXV, 1936, pp. 18-43;
- Cohen Joshua, Matthew Howard, Martha Nussbaum (eds.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, Princeton University Press, 1999;
- Costa Pietro, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999;
- Costa Pietro, *Reading Postcolonial Studies: Some Tentative Suggestions for Legal History*, «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 35, 2013, pp. 272-282;
- Costa Pietro, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti, Paolo, Carlo Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 27-80 <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18380/Lato_HD_24_2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>;
- Costa Sergio, *Freezing Differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America*, in Aldo Mascareño, Katia Araujo, (eds.), *Legitimization in World Society*, Farnham, Ashgate, pp. 139-156;
- Del Vecchio Giorgio, *La crisi della scienza del diritto*, «Archivio Giuridico», XXVII, 1933;
- Della Morte Michele, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, Franco Angeli, 2012;
- De Sousa Santos Boaventura (Org.), *Reconhecer para Libertar: os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2003;
- Di Giovine Ombretta, *Conclusioni (ovvero: Is multiculturalism bad for criminal law?)*, in Luca Stortoni, Silvia Tordini Cagli (a cura di), *Cultura culture e diritto penale*, Bologna, Bononia University Press, 2012, pp. 171-189;

- Duve Thomas, *Diversidad Cultural y Protección Jurídica – Perspectivas Histórico-Jurídicas*, «forum historiae iuris», 18. August 2014, <<http://www.forhistiur.de/2014-08-duve/?l=es>>;
- Duve Thomas, *Entanglements in Legal History. Introductory Remarks*, in Id. (Ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014, pp. 3-25, <http://www.rg.mpg.de/gplh_volume_1>;
- Duve Thomas, *Entanglements in Legal History: Concepts, Methods, Challenges*, in Id. (Ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014, pp. 29-66 <http://www.rg.mpg.de/gplh_volume_1>;
- Duve Thomas, *Global Legal History – A Methodological Approach*, «Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series», 2016-04, <<http://ssrn.com/abstract=2781104>>;
- Fagnani Elisa, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione - stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, Milano, Giuffrè, 2014;
- Fioravanti Maurizio, *Costituzionalismo. Percorsi di storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009;
- Fonseca Ricardo Marcelo, *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 34/35, 2004-2005, pp. 963-983, <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/33/0964.pdf>>;
- Fonseca Ricardo Marcelo, *La fenomenologia del potere tra “legge” e “norma”: un itinerario foucaultiano sulle dinamiche di esclusione nel diritto moderno*, in Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti, Carlo Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi, Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, eum, 2012, pp. 149-164;
- Glenn Patrick, *The Cosmopolitan State*, Oxford, Oxford University Press, 2013;
- Greco Tommaso, *Tre canoni per la democrazia*, in Adriano Ballarini, *Prometeo. Studi sulla uguaglianza, la democrazia, la laicità dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 93-119;

- Grossi Paolo, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LX, 2, 2006, pp. 377-395;
- Grossi Paolo, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma, Laterza, 2012;
- Grossi Paolo, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», LXI, 2011, pp. 1-22;
- Guldi Jo, David Armitage, *The History Manifesto*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, <<http://historymanifesto.cambridge.org>>;
- Hartog François, *Régimes d'historicité: présentisme et expériences du temps*, Paris, Seuil, 2012;
- Hespanha António Manuel, *Uncommon Laws. Laws in the Extreme Peripheries of an Early Modern Empire*, «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung», 130, 2013, pp. 180-204;
- Lanchester Fulco, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, Giuffrè, 2014;
- Lembke Ulrike, *Diversity als Rechtsbegriff. Eine Einführung*, «Rechtswissenschaft», 1, 2012, pp. 46-76;
- Lopez de Oñate Flavio, *Studi filosofici sulla scienza del diritto*, «Annali della Regia Università di Macerata», XII-XIII, 1939;
- Lopez de Oñate Flavio, *La certezza del diritto*, Roma, Consorzio Nazionale, 1942;
- Lorente Sariñena Marta, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, UAM, Madrid, 2010;
- Mazzarese Tecla, (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2013;
- Meccarelli Massimo, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica*, «Quaderni storici», 131/2, 2009, pp. 493-521;
- Meccarelli Massimo, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 40, 2011, pp. 721-745, <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/40/0725.pdf>>;
- Meccarelli Massimo, *Sovranità e tutela dei diritti nelle società multiculturali: riflessioni storico-giuridiche intorno ai limiti di un binomio moderno*,

- in Flavia Stara (a cura di), *La costruzione del pensiero e delle strategie interculturali*, Lecce, Pensa, 2014, pp. 93-111;
- Meccarelli Massimo, Paolo Palchetti, Paolo, Carlo Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, eum, Macerata, 2011;
- Merusi Fabio, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013;
- Neuenschwander Magalhães Juliana, *Los límites del multiculturalismo en las sociedades multiculturales: formas de inclusión y exclusión*, «forum historiae iuris», 18. August 2014, <<http://www.forhistiur.de/en/2014-08-neuenschwander-magalhaes/>>;
- Neuenschwander Magalhães Juliana, *Diversidade Cultural e Justiça de Transição (os Casos de Perseguição aos Índios durante a Ditadura Militar e a Transição Política no Brasil)*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, 2015, pp. 1137-1166, <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/44/1148.pdf>>;
- Nogueira Da Silva Cristina, «Missão civilizacional» e Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (Séculos XIX-XX), «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 34/35, 2004-2005, pp. 899-919, <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/33/0900.pdf>>;
- Nogueira Da Silva Cristina, *Escravos e Direitos Fundamentais no Pensamento Constitucional e Político de Oitocentos*, «Africana Studia, Revista Internacional de Estudos Africanos», *Escravidão e Direitos Fundamentais no século XIX*, 14, 2010, pp. 231-254;
- Nuzzo Luigi, *Dal colonialismo al post-colonialismo, tempi e avventure del soggetto indigeno*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 34/35, 2004-2005, pp. 464-508, <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/33/0464.pdf>>;
- Padovani Tullio, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014;
- Paixão Cristiano, *Tempo Presente e Regimes de Historicidade: Perspectivas de Investigação para a História do Direito*, in Ricardo Marcelo Fonseca (Org.), *As Formas do Direito. Oderm, Razão e Decisão*, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 77-88;

- Paixão Cristiano, *Past and Future on Authoritarian Regimes: Constitution, Transition to Democracy and Amnesty in Brasil and Chile*, «Giornale di storia costituzionale», 30, 2015, pp. 89-105;
- Parolari Paola, *Femminismo liberale e multiculturalismo. Susan Okin e le forme della diversità culturale*, «Ragion pratica», 1/2008, pp. 231-244;
- Pino Giorgio, *Interpretazione e crisi delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014;
- Pugliese María Rosa, *La denominada «crisis del derecho» desde la perspectiva argentina durante el periodo de entre guerras mundiales (1920–1940)*, in Maria Rosario Polotto, Thorsten Keiser, Thomas Duve (Eds.), *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, pp. 83-118, <http://www.rg.mpg.de/gplh_volume_2>;
- Roesler Claudia Rosane, *Theodor Viehweg: ¿Un constitucionalista adelantado a su tiempo?*, «DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho», 29, 2006, pp. 295-318, <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9968/1/Doxa_29_15.pdf>;
- Romano Santi, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, «Rivista di diritto pubblico», 3, 1910, pp. 98-114;
- Schiavello Aldo, *Diritti umani e pluralismo tra argomentazione e negoziazione*, «Ragion Pratica», 1/2010, pp. 129-149;
- Sciacca Fabrizio, *L'individuo nella crisi dei diritti*, Genova, Il melangolo, 2009;
- Scuccimarra Luca, *Proteggere o dominare? Sovranità e diritti umani nel dibattito sulla “responsibility to protect”*, in Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti, Carlo Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 349-384 <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18380/Lato_HD_24_2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>;
- Solla Sastre María Julia, *Ultramar excepcional. La construcción de un espacio jurídico para España y sus colonias, 1837-1898*, «Rechtsgeschichte» 23, 2015, pp. 222-238, <http://data.rg.mpg.de/rechtsgeschichte/rg23_222solla.pdf>;

- Stara Flavia, *Women in motion: effetti e aspettative delle migrazioni al femminile*, in Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti (Eds.), *Derecho en movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 145-156, <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20251/derecho_HD33_2015.pdf?sequence=3&isAllowed=y>;
- Stara Flavia (a cura di), *La costruzione del pensiero e delle strategie interculturali*, Lecce, Pensa, 2014;
- Stortoni Luca, Silvia Tordini Cagli (a cura di), *Cultura culture e diritto penale*, Bologna, Bononia University Press, 2012;
- Todorov Tzvetan, *Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana*, Torino, Einaudi, 1991;
- Vec Miloš, *Multinormativität in der Rechtsgeschichte*, «Jahrbuch der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften», 2009, pp. 155-166;
- Vera Lugo Juan Pablo, *La jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales*, «Universitas humanistica», 62, 2006, pp. 205-238;
- Vincenti Umberto, *Diritto senza identità: la crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma, Laterza, 2010;
- Viola Francesco, *I diritti dell'uomo e l'etica contemporanea*, in «Ragion Pratica», 1996, pp. 195-213;
- Viola Francesco, *Legal Hermeneutics and Cultural Pluralism*, in Melkevik, Bjarne (Ed.), *Standing Tall. Hommages à Csaba Varga*, Budapest, Pazmany press, 2012, pp. 465-481;
- Vogliotti Massimo, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007;
- Zagrebelsky Gustavo, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2007.

AUTORI

MASSIMO MECCARELLI è Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno nella Università di Macerata e *affiliate researcher* presso il *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* (MPIeR) in Frankfurt am Main. È stato *visiting professor* nelle Facoltà giuridiche della *Universidad Autónoma de Madrid* e della *Johann Wolfgang Goethe-Universität* in Frankfurt am Main. I suoi studi sono dedicati alla storia del pensiero giuridico e alla storia della giustizia con riguardo a temi di teoria del diritto, diritto costituzionale e diritto penale. Le sue ricerche attuali vertono su diritti fondamentali e diritti umani, autonomia del diritto, spazi giuridici. E-mail: massimo.meccarelli@unimc.it

GIOVANNI CAZZETTA è Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno nell'Università di Ferrara e Direttore della rivista "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno". I suoi studi sono principalmente rivolti alla storia del diritto privato e del diritto del lavoro, alla storia delle costituzioni e delle codificazioni moderne e contemporanee. E-mail: giovanni.cazzetta@unife.it

JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES é Professoressa titolare di Sociologia del Diritto e Storia del Diritto nella *Faculdade Nacional de Direito* della *Universidade Federal do Rio de Janeiro*. Ha conseguito il Dottorato di ricerca in diritto presso l'*Universidade Federal de Minas Gerais* e l'Università del Salento, Italia. É ricercatrice presso il *Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico* – CNPq. I suoi studi vertono su diritti umani, sovranità, teoria dei sistemi, diritto e arte, inclusione/esclusione. jneuwander@yahoo.com.br

SIMONA LANGELLA è Professoressa associata di Storia della Filosofia moderna e Filosofie del Rinascimento presso l'Università di Genova. Ha partecipato progetti di ricerca nazionali e internazionali (Marie Curie 2005 e 2007). Le sue linee di ricerche sono: Storia della Scolastica Spagnola nel secolo XVI, con particolare attenzione al concetto di legge naturale e ai suoi prodromi in età medievale; l'insegnamento della Teologia in Spagna nel "*Siglo de Oro*"; ricerche sui manoscritti editi e inediti della *Escuela de Salamanca*; le virtù

negli *specula principum* fra XV e XVI secolo; storia della fondazione dei diritti soggettivi in età moderna e linee del dibattito attuale sui diritti umani. E-mail: CO746@unige.it

FLAVIA STARA è Professoressa ordinaria di Filosofia dell'educazione nell'Università di Macerata. Ha conseguito il Ph.D. in Lingue e Letterature Romanze presso la *Harvard University*, U.S.A. Da anni partecipa a progetti di ricerca internazionali e interdisciplinari su temi inerenti la concezione democratica della vita sociale. I suoi studi recenti e le sue pubblicazioni vertono su problematiche educative con particolare interesse per i contesti interculturali, per i diritti fondamentali e diritti umani, per il pluralismo etico e religioso. E-mail: flavia.stara@unimc.it

ARGEMIRO MARTINS è Professore di Diritto pubblico nella *Faculdade de Direito* della *Universidade de Brasília*. I suoi temi di ricerca riguardano: teoria e diritto costituzionale, diritti fondamentali, controllo di costituzionalità e storia del diritto costituzionale moderno. E-mail: argemiromartins@unb.br

Larissa Mizutani è Dottoranda nel *Programa de Pós-Graduação em Direito* dell'*Universidade de Brasília*, dove è anche membro del gruppo di studio *Percursos, Fragmentos e Narrativas* e del *Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado*. Svolge le sue ricerche nel campo del diritto costituzionale. E-mail: lcmizutani@gmail.com

CRISTIANO PAIXÃO è Professore di Storia del diritto e Diritto costituzionale nella *Faculdade de Direito* della *Universidade de Brasília*. È stato *visiting professor* nella *Universidad de Sevilla*. Ha conseguito il dottorato in diritto presso la *Universidade Federal de Minas Gerais* e ha svolto studi post-dottorali in storia moderna presso la Scuola Normale Superiore di Pisa e in storiografia presso la *École des Hautes Études en Sciences Sociales* a Paris. È stato membro della *Comissão de Anistia (Ministério da Justiça)* tra 2012 e 2016 e uno dei coordinatori della *Comissão Anísio Teixeira de Memória e Verdade (Universidade de Brasília)* tra 2012 e 2015. Ha pubblicato estensivamente in tema di storia costituzionale e di giustizia di transizione. E-mail: cristianop@unb.br

RICARDO MARCELO FONSECA è Professore di Storia del diritto nella *Universidade Federal do Paraná*, Brasil, Ateneo del quale è stato recentemente eletto Ret-

tore. È stato Preside della Facoltà giuridica della UFPR dal 2008 al 2016 e ha presieduto l'*Instituto Brasileiro de História do Direito* (IBHD) tra il 2007 e il 2015. È ricercatore del *Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico* - CNPq, dove è anche membro del Comitato nazionale per l'area giuridica. I suoi studi attualmente sono rivolti alla storia della cultura giuridica brasiliana tra XVIII e XX secolo. E-mail: ricardo@historiadodireito.com.br

PAMELA ALEJANDRA CACCIAVILLANI è Dottoranda nella *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* della *Universidad Nacional de Córdoba* (Argentina). Ha conseguito il Master interuniversitario (Messina, Milano e Cordoba (España)) in Storia e comparazione delle istituzioni politiche e giuridiche europee presso l'Università di Messina. Dal novembre 2013 è borsista di dottorato presso il *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* (MPIeR) in Frankfurt am Main e partecipa al progetto di ricerca *Recht und Diversität – rechts-historische Perspektiven*. E-mail: cacciavillani@rg.mpg.de

GIOVANNI DI COSIMO è Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Macerata. I suoi principali interessi di ricerca riguardano le fonti governative, le libertà e il regionalismo. Di recente ha pubblicato i volumi "Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni" (Milano, 2014) e "La libertà di coscienza", assieme ad A. Pugiotto e S. Sicardi (Napoli, 2015); inoltre ha curato il volume "Il fattore linguistico nel settore giustizia" (Torino, 2016). E-mail: giovanni.dicosimo@unimc.it

CLAUDIA ROSANE ROESLER è Professoressa di Teoria e Filosofia del diritto nella Faculdade de Direito della *Universidade de Brasília* ed è ricercatrice (*bolsista de produtividade*), del *Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico* - CNPq. Ha conseguito il dottorato in diritto presso la *Universidade de São Paulo* ed è stata *visiting researcher* nella *Universidad de Alicante*. I suoi interessi scientifici sono rivolti alla teoria dell'argomentazione giuridica, alla relazione tra retorica e diritti, al discorso giudiziale e alle sue ricadute istituzionali in età contemporanea. E-mail: croesler@unb.br

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES
ISSN: 2255-5137

1. Luis Grau, *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe/ Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12762>
8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13962>

12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16023>
17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Libano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero/Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17322>
22. François Hotman, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes*, estudio preliminar de Manuel Martínez Neira, traducción de Adela Mora Cañada, Madrid 2013, 211 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17855>
23. Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid 2014, 184 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18090>
24. María José María e Izquierdo, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códigos del Monasterio de El Escorial*, Madrid 2014, 248 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18295>

25. Regina Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid 2014, 393 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18340>
26. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti/Carlo Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 390 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18380>
27. María López de Ramón, *La construcción histórica de la libertad de prensa: Ley de policía de imprenta de 1883*, Madrid 2014, 143 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19296>
28. José María Coma Fort, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Madrid 2014, 536 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19297>
29. Jorge Alberto Núñez, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Madrid 2014, 487 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19662>
30. Carlos Petit, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Madrid 2014, 185 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19670>
31. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid 2014, 53 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19797>
32. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid 2015, 87 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20199>
33. Massimo Meccarelli y Paolo Palchetti (eds.), *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid 2015, 256 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20251>
34. Alessandro Somma, *Introducción al derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Madrid 2015, 193 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20259>
35. A. F. J. Thibaut, *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, Madrid 2015, 42 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21166>
36. J.-J.-R. de Cambacérès, *Discursos sobre el Código civil*, Madrid 2015, 61 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21254>
37. Ramon Llull, *Arte breve de la invención del derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2015, 233 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21406>

38. F. C. von Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Madrid 2015, 130 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21520>
39. Joaquín Marín y Mendoza, *Historia del derecho natural y de gentes*, Madrid 2015, 40 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22079>
40. Rafael Ramis Barceló, *Petrus Ramus y el Derecho. Los juristas ramistas del siglo XVI*, Madrid 2016, 250 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22197>
41. Emanuele Conte, *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición de Marta Madero, Madrid 2016, 194 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22261>
42. *Constituciones españolas: 1808-1978*, edición de Javier Carlos Díaz Rico, Madrid 2016, 259 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22905>
43. Giacomo Demarchi, *Provincia y Territorio en la Constituyente española de 1931. Las raíces europeas del Estado integral*, Madrid 2016, 362 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22906>
44. Miguel Ángel Ladero Quesada/César Olivera Serrano (dirs.), *Documentos sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo*, Madrid 2016, xx + 1446 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23015>
45. Gustavo César Machado Cabral/Francesco Di Chiara/Óscar Hernández Santiago/Belinda Rodríguez Arrocha, *El derecho penal en la edad moderna: Nuevas aproximaciones a la doctrina y a la práctica judicial*, Madrid 2016, 217 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23021>
46. Lope de Deza, *Juicio de las leyes civiles*, estudio preliminar de Víctor Tau Anzoátegui, edición de María José María e Izquierdo, Madrid 2016, 136 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23228>
47. Henrik Brenkman, *Historia de las Pandectas*, estudio preliminar, traducción y notas de Juan Lorenzo, Madrid 2016, 426 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23317>
48. Massimo Meccarelli (a cura di), *Diversità e discorso giuridico. Temi per un dialogo interdisciplinare su diritti e giustizia in tempo di transizione*, Madrid 2016, 287 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23792>